

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNİK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 35

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 35,
Br. 1, str. XIV+1-454, Rijeka, 2014.

ZBORNIK 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)

Prijevod/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: Grafika Helvetica, 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, Hrvatskog Telekom d.d., Zaklade Sveučilišta u Rijeci i Allianz Zagreb d.d.

ISSN 1330-349X

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 35

BROJ 1

RIJEKA, 2014.

Objavu ovog broja Zbornika financijski potpomažu:

Ministarstvo znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske



Županija Primorsko-goranska

SADRŽAJ

XX. Savjetovanje pravnika “Petar Simonetti (Vlasništvo-Obveze-Postupak)” (Poreč, 9., 10. i 11. travnja 2014.)

I. Prilozi za Savjetovanje:

Mihajlo Dika,

Zakonske predmnjeve- prilog učenju o virtualnosti pravne stvarnosti
(izvorni znanstveni rad)..... 1

Edita Čulinović Herc, Antonija Zubović,

Restrukturiranje komunalnih društava čiji je osnivač jedinica lokalne
samouprave
(izvorni znanstveni rad)..... 61

Aldo Radolović,

Pravni poslovi prava osobnosti
(izvorni znanstveni rad)..... 95

Dario Đerđa, Aleksandra Popovski

Utjecaj sudske prakse Suda Europske unije na hrvatsko upravno pravo
(izvorni znanstveni rad)..... 119

Marko Šikić,

Zaštita pravne sigurnosti stranka u upravnom postupku -
pravomoćnost i legitimna očekivanja
(izvorni znanstveni rad)..... 147

Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini,

Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini
i tzv. prava na poštivanje doma
(izvorni znanstveni rad)..... 163

Dejan Bodul, Sanja Grbić,

Kriterij prezaduženosti kao diskriminacijski element za obavljanje
javnobilježničke službe: hrvatsko rješenje i europska iskustva
(izvorni znanstveni rad)..... 193

<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> Suradnja (dijalog) između nacionalnih upravnih sudova, Suda Europske unije i Europskog suda za ljudska prava (prethodno priopćenje)	219
<i>Nataša Žunić Kovačević, Stjepan Gadžo,</i> Komunalna naknada u RH i njezino pozicioniranje ...u odnosu na teoretske i normativne koncepte financijskog prava (pregledni znanstveni rad).....	245
<i>Ivan Tot,</i> Novo posebno uređenje zateznih kamata – specifičnosti, polje primjene i usklađenost s pravnom stečevinom Europske unije (pregledni znanstveni rad).....	271
<i>Andrej Abramović,</i> Upravnosudski aspekti primjene Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (stručni rad)	311
<i>Damir Kontrec,</i> Pravni lijekovi u zemljišnoknjižnom postupku (stanje u Republici Hrvatskoj i komparativni prikaz stanja u Republici Sloveniji, Republici Makedoniji i Federaciji Bosni i Hercegovini) (stručni rad)	323
<i>Lidija Rostaš-Beroš,</i> Nadležnost upravnih sudova u zaštiti tržišnog natjecanja (stručni rad)	345
<i>Jadranko Jug,</i> Pretvorba društvenog vlasništva na stvarima koje nisu procijenjene kod pretvorbe društvenih poduzeća (osvrt)	357
<i>Jozo Čizmić,</i> Proglašenje nestale osobe umrlom u pravu Federacije Bosne i Hercegovine, s osvrtom na hrvatsko pravo <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i> (prikaz)	389

Saša Prelič, Jerneja Prostor,

Bo Ustavno sodišče Republike Slovenije še četrtič odločalo
o zakonskem spregledu pravne osebnosti?

(prikaz) 413

Marinko Đ. Učur,

Kodeks etike u poslovanju Hrvatske gospodarske komore
(od etičkih načela do surove prakse)

(prikaz) 429

II. Prikazi:

Marijan Ćurković,

Komentar Zakona o obveznim osiguranjima u prometu

(Loris Belanić) 447

Dragan Zlatović, Ivan Malenica,

Novo hrvatsko radno pravo, ogledi iz radnog prava i pravne prakse

(Marinko Đ. Učur) 449

Bruno Moslavac,

Osnove radnog prava za menadžere

(Marinko Đ. Učur) 450

TABLE OF CONTENTS

XX. Conference “Petar Simonetti (Ownership – Obligations – Procedure)” (Poreč, 9-11 April 2014)

I. Conference Texts:

<i>Mihajlo Dika,</i> The Legal Presumption – A Contribution to Learnig about Virtuality of the Legal Reality.....	1
<i>Edita Čulinović Herc, Antonija Zubović,</i> Restructuring of Utility Companies Founded by Local Government	61
<i>Aldo Radolović,</i> Legal Transactions of the Rights of Personality	95
<i>Dario Đerđa, Aleksandra Popovski,</i> The Influence of the EC Case Law on the Croatian Administrative Law	119
<i>Marko Šikić,</i> Protection of Legal Certainty of the Parties in the Administrative Procedure - the Institute of Finality and Legitimate Expecations.....	147
<i>Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini,</i> Interconnection between the Owner’s Application for Restitution of Property and the Right to Respect for Home	163
<i>Dejan Bodul, Sanja Grbić,</i> Indebtedness as Discriminatory Element for Performing Notarial Services: Croatian Solution and European Experience	193
<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> The Dialogue between Administrative Court and Court of Justice of the European Union	219
<i>Nataša Žunić Kovačević, Stjepan Gadžo,</i> Examination of the Croatian Utility Charge in the Light of Theoretical and Normative Concepts of Public Finance Law.....	245

<i>Ivan Tot,</i> The New Special Regime of Default Interest – Features, Scope of Application and Compliance with the Acquis Communautaire	271
<i>Andrej Abramović,</i> Administrative Court Procedure Aspects of Implementation of the Law on Financial Operations and Composition	311
<i>Damir Kontrec,</i> Legal Remedies in the Land Registration Procedure (The Situation in the Republic of Croatia and a Comparative Overview of the Situation in the Republic of Slovenia, Macedonia and Federation of Bosnia-Herzegovina)	323
<i>Lidija Rostaš-Beroš,</i> The Competence of Administrative Courts in the Protection of Market Competition	345
<i>Jadranko Jug,</i> Transformation of the Social Ownership of Things which were not Assessed During the Transformation of Social Enterprises	357
<i>Jozo Čizmić,</i> Proclaiming a Missing Person's Death Under the Law Of The Federation of Bosnia and Herzegovina, with Reference to the Croatian Law <i>De Lege Lata</i> and <i>De Lege Ferenda</i>	389
<i>Saša Prelič, Jerneja Prostor,</i> Shall Slovenian Constitutional Court for the 4th Time Reach a Decision on Lifting the Legal Corporate Veil?.....	413
<i>Marinko Đ. Učur,</i> The code of Ethics on Business Conduct of the Croatian Chamber of economy (from Ethic Principles to Brutal Practice)	429
II. Surveys	447

INHALT

XX. Tagung „Petar Simonetti (Eigentum – Pflichten – Verfahren)“ (Poreč, 9 – 11. April 2014)

I. Tagungsbeiträge:

- Mihajlo Dika,*
Gesetzliche Vermutungen-Beilage zum Lernen über die Virtualität
der Rechtswirklichkeit..... 1
- Edita Čulinović Herc, Antonija Zubović,*
Restrukturierung der von der Einheit der lokalen Selbstverwaltung
gegründeten Kommunalgesellschaften 61
- Aldo Radolović,*
Rechtsgeschäfte über das Persönlichkeitsrecht..... 95
- Dario Đerđa, Aleksandra Popovski,*
Einfluss der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union
auf das kroatische Verwaltungsrecht 119
- Marko Šikić,*
Schutz der Rechtssicherheit von Parteien im Verwaltungsverfahren –
Rechtskraft und legitime Erwartungen..... 147
- Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini,*
Konnexität der Verwirklichung des Vindikationsanspruchs bezüglich
der Immobilie und des sog. Rechtes auf Achtung der Wohnung 163
- Dejan Bodul, Sanja Grbić,*
Kriterium der Überschuldung als Diskriminierungselement für
die Ausübung des Notaramts: kroatische Beschlüsse
und europäische Erfahrungen..... 193
- Bosiljka Britvić Vetma,*
Zusammenarbeit (Dialog) zwischen nationalen Verwaltungsgerichte,
des Derichtshofs der Europäischen Union und des europäischen
Gerichtshofs für Menschenrechte..... 219
- Nataša Žunić Kovačević, Stjepan Gadžo,*
Kommunalabgabe in der Republik Kroatien und ihre Positionierung in
Bezug auf theoretische und normative Konzepte des Finanzrechtes 245

<i>Ivan Tot,</i> Neue besondere Verzugszinsenregelung – Besonderheiten, Anwendungsbereich und Übereinstimmung mit dem Eu-Acquis.....	271
<i>Andrej Abramović,</i> Verwaltungsgerichtliche Verfahren der Anwendung des Gesetzes über die finanzielle Geschäftsführung und die vorinsolvenzliche Einigung.....	311
<i>Damir Kontrec,</i> Rechtsmittel im Grundbuchverfahren (die Situation in der Republik Kroatien und komparative Darstellung der Situation in der Republik Slowenien, Republik Mazedonien und in der Föderation Bosnien und Herzegowina).....	323
<i>Lidija Rostaš-Beroš,</i> Zuständigkeit von Verwaltungsgerichten im Schutz des Marktwettbewerbs	345
<i>Jadranko Jug,</i> Umwandlung des Gesellschaftseigentums auf den bei der Umwandlung von Gesellschaftsunternehmen nicht bewerteten Sachen.....	357
<i>Jozo Čizmić,</i> Todeserklärung der vermissten Person im Recht der Föderation Bosnien Und Herzegowina mit Rückblick auf das kroatische Recht <i>De Lege Lata</i> und <i>De Lege Ferenda</i>	389
<i>Saša Prelič, Jerneja Prostor,</i> Wird das Verfassungsgericht der Republik Slowenien für das vierte Mal über die Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit entscheiden?.....	413
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Ethik-Kodex in der Geschäftsführung der Kroatischen Wirtschaftskammer (von ethischen Grundsätzen bis zur groben Praxis).....	429
II. Besprechungen	447

INDICE

XX. Convegno “Petar Simonetti (Proprietà – Obbligazioni – Processo)” (Poreč, 9 – 11 aprile 2014)

I. Contributi per il Convegno:

Mihajlo Dika,

Le presunzioni legali - contributo allo studio della virtualità
della realtà giuridica..... 1

Edita Čulinović Herc, Antonija Zubović,

Ristrutturazione delle società comunali costituite da un ente locale..... 61

Aldo Radolović,

I negozi giuridici nell'ambito dei diritti della personalità..... 95

Dario Đerđa, Aleksandra Popovski,

L'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione
europea sul diritto amministrativo croato..... 119

Marko Šikić,

La tutela della certezza giuridica delle parti nel procedimento
amministrativo – il passaggio in giudicato e legittime aspettative..... 147

Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini,

Il nesso tra la realizzazione della pretesa rivendicataria
ed il c.d. diritto alla casa..... 163

Dejan Bodul, Sanja Grbić,

Il criterio dell'indebitamento quale elemento discriminatorio
nell'espletamento delle funzioni notarili: la soluzione croata
e le esperienze europee..... 193

Bosiljka Britvić Vetma,

La collaborazione (il dialogo) tra i tribunali amministrativi nazionali, la
Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea
dei diritti dell'uomo..... 219

<i>Nataša Žunić Kovačević, Stjepan Gadžo,</i> La tassa sui servizi comunali nella Repubblica di Croazia ed il suo posizionamento rispetto alla concezione teorica e normativa del diritto tributario	245
<i>Ivan Tot,</i> La nuova disciplina particolare degli interessi moratori – peculiarità, campo di applicazione ed armonizzazione con l' <i>acquis</i> dell'Unione europea	271
<i>Andrej Abramović,</i> Aspetti di giustizia amministrativa concernenti l'applicazione della normativa sulle transazioni amministrative e sul concordato preventivo.....	311
<i>Damir Kontrec,</i> I mezzi di impugnazione nel procedimento tavolare (lo stato dei fatti nella Repubblica di Croazia ed uno sguardo comparatistico alla situazione nella Repubblica di Slovenia, nella Repubblica di Macedonia e nella Federazione della Bosnia ed Erzegovina).....	323
<i>Lidija Rostaš-Beroš,</i> La competenza delle corti amministrative nella tutela della concorrenza..	345
<i>Jadranko Jug,</i> La trasformazione della proprietà sociale sulle cose non stimate in occasione delle trasformazioni delle aziende sociali.....	357
<i>Jozo Čizmić,</i> La dichiarazione di morte presunta nel diritto della Federazione della Bosnia ed Erzegovina con cenni al diritto croato <i>de lege lata</i> e <i>de lege ferenda</i>	389
<i>Saša Prelič, Jerneja Prostor,</i> La Corte Costituzionale della Repubblica di Slovenia si trova ad un passo dal pronunciarsi per la quarta volta sul superamento dello schermo societario?	413
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Il codice etico nell'attività professionale della Camera di commercio croata (dai principi etici alla rude pratica)	429
II. Recensioni	447

Prilozi za Savjetovanje

(Conference Texts, Tagungsbeiträge, Contributi per il Convegno)

ZAKONSKE PREDMNJEVE - PRILOG UČENJU O VIRTUALNOSTI PRAVNE STVARNOSTI -

Dr. sc. Mihajlo Dika,
redoviti profesor u trajnom zvanju
građanskog procesnog prava u mirovini,
Zagreb

UDK: 347.129
Ur.: 7. siječnja 2014.
Pr.: 14. veljače 2014.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Način na koji se institut zakonskih (pravnih) predmnjeva nastoji prikazati i problematizirati u ovom radu ne odstupa u bitnome od standardnih stavova koji se o njegovim osnovnim polaznim odrednicama zauzimaju u komparativnoj doktrini građanskog procesnog prava. U radu se, međutim, s jedne strane, nastoje dalje razviti (produbiti) teorijske konsekvence tih odrednica, dok ih se, s druge strane, pokušava uskladiti s nekim teorijskim konstrukcijama koje o općoj pravozaštitnoj ulozi procesa, ali i onima o općoj impostaciji metoda utvrđivanja činjenica uključujući i dokazivanjem autor inače zastupa. Pritom se inzistira na tome da bi pri određivanju biti instituta pored pojma predmnjeve kao presumptivnog pravila, apstraktne predmnjeve, trebalo uvesti i pojam konkretne pravne predmnjeve kao zaključka koji se formira primjenom presumptivnog pravila na utvrđenje o postojanju konkretne presumptivne baze, kojim bi se pojmom nadomjestilo u domaćoj (civilističkoj) doktrini još uvijek široko prihvaćeno određenje pojma predmnjeve kao činjenice čije se postojanje pretpostavlja u zakonu i time otklonilo konfundiranje pojma konkretne predmnjeve s njezinim objektom. Proširuje se sadržaj pojma presumiranog objekta uključivanjem u taj pojam pored, tzv. «običnih» činjenica, kako se to redovito čini u domaćoj doktrini, i određenih prava, pravnih odnosa i pravnih stanja, zbog čega se specifičnosti instituta posebno obrađuju u ovisnosti o tome je li u konkretnom slučaju riječ o, tzv. predmnjevi o činjenicama ili predmnjevi o pravu. Istražuju se razlike između, tzv. oborivih i neoborivih predmnjeva te posljedice tih razlika, pretpostavke pretvaranja oborivih u neoborive te neoborivost i oborivost predmnjeva koje se vežu uz pravomoćne sudske odluke. Upozorava se na problem, tzv. ugovornih te, tzv. ulančanih predmnjeva. Razmatra se način utvrđivanja činjenica primjenom presumptivnih pravila kao jedne od metoda utvrđivanja činjenica u parničnom postupku, metode koja se različito primjenjuje kad je riječ o predmnjevama o činjenicama i o predmnjevama o pravu te o oborivim i neoborivim takvim predmnjevama, a posebno i odnos te metode prema drugim metodama utvrđivanja činjenica uključujući i dokazivanjem. Postavljaju se i analiziraju problemi, tzv. kumulacije i sukoba

predmnjeva te određivanja vremenskih granica njihova djelovanja. Kritički se izlažu i doktrinarni stavovi o, tzv. jednočlanim predmnjevama, pravno značenje, tzv. jednostavnih predmnjeva te predmnijevanost, tzv. procesnih pretpostavaka. Posebna se pažnja posvećuje određuju pravne prirode zakonskih predmnjeva, pri čemu se pravila o tim predmnjevama kad je riječ o predmnjevama o činjenicama kvalificiraju kao pravila čija je funkcija analogna funkciji pravila koja uređuju i druge mehanizme utvrđivanja činjenica, dakle – u okviru klasifikacije pravnih normi prema njihovoj funkciji u suđenju koju daje autor na primarne materijalnopravne norme, na pravozaštitne materijalnopravne norme, na čiste procesnopravne norme i na pravozaštitne procesnopravne norme - kao pravila tzv. procesnog pravozaštitnog prava, a kad je riječ o predmnjevama o pravnom stanju kao pravila čija je funkcija analogna funkciji pravila koja utvrđuju činjenice uz postojanje kojih ta pravila vežu nastupanje odgovarajućih pravnih posljedica, dakle ili kao pravila (primarnog ili pravozaštitnog) materijalnog ili (pravozaštitnog) procesnog prava. Pokušava se odrediti odnos pojma zakonskih predmnjeva prema pojmu zakonskih fikcija te presumptivnih pravila i pravila o teretu dokazivanja. Zaključno se upozorava ponovno na komparativnom planu oživiljeni interes za kompleksnu problematiku zakonskih predmnjeva i naglašava potreba reinterpretacije instituta, osobito s aspekta relativno tradicionalističkog (zapravo «zastarjelog») pristupa hrvatske doktrine.

Ključne riječi: *zakonska predmnjeva (presumpcija), predmnjeva o činjenici, predmnjeva o pravu, presumptivna baza, presumirani objekt (činjenica, pravno stanje), oborive i neoborive predmnjeve, protudokaz, dokaz o protivnom, teret dokazivanja, fikcije.*

I. POJAM I RATIO

1. POJAM ZAKONSKE PREDMNJEVE

1.1. Uvod

Pravni sustav u značajnoj mjeri djeluje zahvaljujući presumpcijama o stvarnosti s obzirom na koju se zauzimaju pravno mjerodavni stavovi, stavovi iza kojih stoje razni mehanizmi državne prisile. Bila bi riječ o presumiranoj činjeničnoj stvarnosti do stavova o kojoj se dolazi na temelju vrlo problematičnih mehanizama njezina utvrđivanja, ali i o presumiranoj pravnoj stvarnosti, stvarnosti pravnih odnosa zasnovanih na takvoj činjeničnoj stvarnosti između sudionika u pravnom životu.¹ U

¹ Pravna stvarnost, stvarnost pravnih odnosa zapravo je dvostruko virtualizirana – najprije načinom na koji je uvjetovana virtualnošću činjenične stvarnosti koju pretpostavlja, a zatim problematičnošću izvođenja zaključaka o njezinom postojanju primjenom mjerodavnih pravnih normi na utvrđenja o takvoj činjeničnoj stvarnosti. Pravno je, naime, relevantno ne ono što se stvarno dogodilo i kakvi su se pravni odnosi u povodu toga prema pravu zasnovali, već ono što je sudac utvrdio da se dogodilo i do kakvih je zaključaka o tim odnosima na temelju tog utvrđenja

tom bi se smislu moglo govoriti o stanovitaj **virtualnosti pravne stvarnosti** koju različito prihvaćamo, zapravo prisiljeni smo ju prihvatiti kao pravno relevantnu. Posebnu ulogu u izravnom kreiranju svijeta naznačene virtualnosti ima nedvojbeno institut zakonskih predmnjeva čija će se analiza i, u izvjesnom smislu, reinterpretacija pokušati obaviti u ovom radu.

Zakoni, naime, često sadrže pravila koja uz postojanje ili nepostojanje jedne ili više činjenica vežu (nalažu) formiranje zaključka o postojanju nekih drugih «običnih» činjenica ili pravnih stanja, presumiranih objekata.^{2, 3, 4} Upravo zbog tako određene mogućnosti zaključivanja o postojanju određenih presumiranih objekata bilo je potrebno urediti odnos te mogućnosti i drugih načina utvrđivanja činjenica, u prvom redu dokazivanjem. U srednjeeuropskom pravnom krugu to je, kad je u pitanju utvrđivanje činjenica dokazivanjem, učinjeno unošenjem posebnih odredaba u procesne zakone prema kojima činjenice čije postojanje zakoni pretpostavljaju ne treba dokazivati, s time da se, ipak, dopušta da se može dokazivati da one ne postoje, ako zakonom nije drukčije određeno (221/3. ZPP).^{5, 6} Riječ je o odredbama kojima

- došao. Treba se nadati (i čini se da je tomu u pravilu tako, jer na tom uvjerenju /nametnutoj »zabludi«/ počiva pravna civilizacija) da se «objektivna» činjenična i pravna stvarnost i «utvrđena» («virtualna») činjenična i pravna stvarnost u pravilu podudaraju («predmnjeva», a ne samo «iluzija», «fikcija» korespondencije).
- 2 Izrazom **presumirani objekt** u ovom će se radu genusno označavati i situacije u kojima se na temelju utvrđenja o postojanju nekih činjenica, tzv. presumptivne baze, zaključuje o postojanju neke druge “obične” činjenice, činjenice koja sama po sebi nema značenje nekog prava ili pravnog odnosa (pravnog stanja) i situacije u kojima se na temelju utvrđenja o postojanju, tzv. presumptivne baze izravno zaključuje o postojanju nekog pravnog stanja.
 - 3 Radi izražavanja takve uvjetovanosti postojanja neke činjenice postojanjem neke druge činjenice u pojedinim se zakonskim odredbama obično koriste izrazi poput “smatrat će se”, “uzet će se” i sl.
 - 4 Teorijski bi bilo moguće da se zakonom propiše (utvrdi) da (ne)postoji određena činjenica, npr. da država nije prouzročila određenu štetu u konkretnom slučaju, odnosno da za nju nije odgovorna, da ne postoji njezina obveza da je naknadi; država bi mogla propisati i da je određeni konkretni ugovor pravno ništetan (zakonsko utvrđenje ništetnosti individualno određenog pravnog posla). U tim bi slučajevima zaključak o (ne)postojanju određene “obične” činjenice, odnosno “prava ili pravnog odnosa” bio izravno nametnut zakonom – da bi se on formirao, ne bi bilo potrebno prethodno utvrditi, tzv. presumptivnu bazu. Pritom bi zaključak na koji bi upućivala takva predmnjeva mogao biti oboriv, moglo bi biti dopušteno utvrđenje protivnog, između ostaloga, i dokazivanjem protivnog, odnosno neoboriv u smislu da takvo utvrđenje ne bi bilo dopušteno. U vezi s tim slučajevima bilo bi moguće govoriti o jednočlanoj zakonskoj predmnjevi – o individualnoj zakonskoj normi iz koje bi izravno proizlazio konkretni zaključak o postojanju, tzv. presumiranog objekta.
 - 5 Prema Zakonu o sudskom postupku u građanskim parnicama iz 1929. (ZSPGP 29), nije trebalo dokazivati činjenice za koje je zakon pretpostavljao da postoje (§ 366.1.), s time da je dokaz o protivnom bio je dopušten ako ga zakon nije isključivao (§ 366.2.). Taj se dokaz mogao izvesti i saslušanjem stranaka (§ 366.3.). Sadržajno podudarne odredbe sadrži i § 270. austrijskoga Zivilprozeßordnung-a (öZPO). Prema § 292. njemačkoga Zivilprozessordnung-a (dZPO) (*Gesetliche Vermutungen*), ako zakon predmnijeva postojanje neke činjenice, dopušten je dokaz o protivnom, ako zakonom nije što drugo propisano; taj se dokaz može izvesti i saslušanjem stranaka.
 - 6 ZPP: Zakon o parničnom postupku (NN 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 25/13). U ovom radu odredbe pojedinih zakona označavat će se

se uređuje jedan od aspekata procesnopravnog tretmana, tzv. zakonskih predmnjeva (presumpcija, pretpostavka).

1.2. O doktrinarnim određenjima pojma zakonske predmnjeve

U doktrini se - polazeći od zakonskih odredaba koje u pojedinim slučajevima uz utvrđenje o postojanju neke činjenice nadovezuju zaključak o postojanju neke druge činjenice ili pravnog stanja te od odredaba koje u procesnim zakonima općenito uređuju dokazni tretman činjenica i pravnih stanja čije se postojanje pretpostavlja - nastojalo odrediti pojam, tzv. zakonskih predmnjeva. Na temelju stavova koji su o tomu izraženi proizlazi da se taj pojam zapravo definira u dva različita smisla:

(1) u smislu da je zakonska predmnjeva (pretpostavka, presumpcija) **pravno pravilo** (njem. *Rechtssatz*) koje na temelju utvrđenja o postojanju jedne (neposredno irelevantne) činjenice (tzv. presumptivne baze; njem. *Vermutungsbasis*) nalaže zaključak o postojanju neposredno relevantne činjenice (ili pravnog stanja) (presumirana činjenica ili presumirano pravno stanje; njem. *vermutete Tatsache, vermuteter Rechtszustand*) (v. *infra ad* 1.3.)⁷ i

(2) u smislu da je zakonska predmnjeva činjenica čije se postojanje pretpostavlja (v. *infra ad* 1.4.).

1.3. Stav da je zakonska predmnjeva pravno pravilo

Stav da je zakonska predmnjeva pravno pravilo bio je dominantan u bivšoj jugoslavenskoj i prevladava u postjugoslavenskoj doktrini građanskog procesnog prava. On je određujući i u austrijskoj i njemačkoj procesnopravnoj teoriji.

U domaćoj se procesnopravnoj doktrini⁸ zakonske predmnjeve (presumpcije; *praesumptiones juris*) definiraju kao pravna pravila o zaključivanju o postojanju određenih pravno relevantnih činjenica na temelju utvrđenja da postoje određene činjenice koje nisu neposredno pravno relevantne, ali su s njima u određenoj uzročnoj vezi. Slično se u srpskoj procesnopravnoj teoriji⁹ zastupa stav da je «zakonska prezumpcija pravilo po kome je sud dužan da jednu činjenicu uzme kao postojeću (pretpostavljena činjenica), ako postoji druga, zakonom određena činjenica (osnov pretpostavke, bazis)». Prema navedenim dvjema definicijama pojam zakonske

navođenjem broja članka, stavka odvojenog kosom crtom od broja članka, te točke, odvojene od broja članka ili stavka točkom. Više će stavaka ili točaka istoga članka ili stavka međusobno biti odvojeno 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. Brojevi odredaba bez naznake kratice propisa odnosit će se na odredbe ZPP-a. Za označavanje odredaba drugih propisa koristit će se uz broj odredbe i njihove kratice, koje će biti definirane u tekstu.

7 Ovdje se izraz neposredno relevantna činjenica koristi radi označavanja činjenica uz čije postojanje mjerodavna norma izravno veže nastupanje određene pravne posljedice o kojoj treba odlučiti ili možda drukčije (određenije) rečeno, radi označavanja činjenica koje izravno tvore činjeničnu osnovu odluke koju treba donijeti, koje treba utvrditi da bi se ona mogla donijeti.

8 TRIVA-DIKA, Građansko parnično procesno pravo, 7. izd., 2004., (u nastavku: GPPP) 486.

9 POZNIĆ-RAKIĆ, Građansko procesno pravo, 15. izd., 1999., (u nastavku: GPP) 243.

predmnjeve ne bi obuhvaćao i tzv. predmnjeve o pravu, dakle pravna pravila koja bi utvrđenjem o postojanju, tzv. presumptivne baze upućivala na postojanje presumiranog pravnog stanja.

U prijašnjoj je jugoslavenskoj doktrini **Juhart**,¹⁰ razlikujući činjenične i pravne predmnjeve, prve definirao kao pravna pravila na temelju kojih se od dokazanih činjenica zaključuje o činjenicama koje su zakonsko obilježje činjeničnog stanja, dok bi druge imale za predmet sadašnje postojanje ili nepostojanje prava ili pravnog stanja.

U austrijskoj i njemačkoj doktrini razlikuju se, tzv. zakonske činjenične i zakonske pravne predmnjeve. U tom smislu **Holzhammer**,¹¹ pod očitim Rosenbergovim utjecajem,¹² zakonske predmnjeve (njem. *gesetzliche Vermutungen*) definira kao pravna pravila (njem. *Rechtssätze*) koje iz jedne činjenice, presumptivne baze (njem. *Vermutungsbasis*) izvode iskustveni zaključak (njem. *Erfahrungsschluss*) o jednoj drugoj činjenici (predmnjeva o činjenici; njem. *Tatsachenvermutung*) ili o nekom pravnom stanju (predmnjeva o pravu; njem. *Rechtsvermutung*). Slično **Fasching**,¹³ govori o tomu da kod zakonskih predmnjeva zakon iz postojanja jedne činjeničnom stanju strane činjenice (presumptivne baze) zaključuje o postojanju jedne neposredno relevantne činjenice koja je s njome u svakodnevnom životu iskustveno usko povezana (predmnjeva o činjenici; njem. *Tatsachenvermutung*; lat. *praesumptio facti*), odnosno izravno o postojanju nekog prava ili pravnog odnosa (pravnog stanja) (predmnjeva o pravu; njem. *Rechtsvermutung*; lat. *praesumptio iuris*). **Rechberger** i **Simotta**,¹⁴ govore o tome da se zakonska predmnjeva sastoji od dva člana, od presumptivne baze i presumirane pravno relevantne činjenice, odnosno predmnijevanog pravnog stanja, pri čemu od presumptivne baze do pravno relevantne činjenice odnosno pravnog stanja vodi zakonski iskustveni zaključak (njem. *gesetzlicher Erfahrungsschluss*).

Rosenberg, Schwab i **Gottwald**,¹⁵ s aspekta njemačkoga prava, zakonske predmnjeve definiraju kao pravna pravila koja iz postojanja činjeničnom stanju strane okolnosti zaključuju o postojanju neposredno relevantne činjenice (predmnjeva o činjenicama, njem. *Tatsachenvermutung*), odnosno o postojanju nekoga prava ili pravnog odnosa (predmnjeva o pravu, njem. *Rechtsvermutung*; predmnjeva o pravnom stanju, njem. *Rechtszustandsvermutung*).¹⁶

10 Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, 1961., (u nastavku: CPP) 353.

11 Österreichisches Zivilprozeßrecht, 2. izd., 1976., (u nastavku: ÖZPR) 249.

12 ROSENBERG, Die Beweislast, 5. izd., 1965.

13 Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. izd., 1990., (u nastavku: ZPR), 456., 457.

14 Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 7. izd., 2010., (u nastavku: ZPR) 406., 407. Slično i RECHBERGER, u FASCHING-KONECNY, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 2. izd., 3. tom. (2004.) (u nastavku: RECHBERGER, Fasching. Komm., 3.) 603., 604.

15 Zivilprozeßrecht, 17. izd., 2010. (u nastavku: ZPR) 630., 631. Tako i BRUNS, Zivilprozessrecht, 2. izd., 1979., 240., 241. Slično, iako zakonske predmnjeve ne definira izrijekom kao pravna pravila i JAUERNIG, Zivilprozeßrecht, 24. izd., 1993., 189., 190. ZÖLLER (Greger), Zivilprozessordnung, 28. izd., 2010., 894., 921., uopće ne definira pojam zakonske predmnjeve.

16 ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, *op. et loc. cit.*, "stogo" razlikuju predmnjeve koje svoju osnovu imaju u zakonu od tzv. činjeničnih predmnjeva (njem. *Tatsächlichen Vermutungen*), koje sudovi nerijetko koriste da bi, bez uporišta u zakonu, ponekad nedopušteno prebacivali zakonski teret dokazivanja, smatrajući da bi se one mogle primjenjivati pri vrednovanju dokaza.

Određenje pojma zakonske predmnjeve kao pravnog pravila zastupaju i neki švicarski, odnosno njemački općepravni teoretičari. Tako **Schluemp**,¹⁷ među, tzv. upućujuća pravna pravila (njem. *Verweisende Rechtssätze*) svrstava i zakonske predmnjeve koje definira kao zaključke od poznatog na nepoznato, kao zaključivanje od poznate presumpтивne baze ne nešto nepoznato, razlikujući, tzv. predmnjeve o činjenici i o pravu, već prema tomu predmnijeva li se neka činjenica ili pravni odnos, odnosno razlikujući jasno, u skladu s općenito prihvaćenim stavovima u procesnoj doktrini, oborive i neoborive predmnjeve te protudokaze i dokaze o protivnom. Slično **Rüthers** i **Birk**¹⁸ zakonske predmnjeve također svrstavaju među pomoćna upućujuća pravila.

U vezi s ovim određenjem značenja pojma zakonska predmnjeva moglo bi se primijetiti da ono ne izražava u potpunosti složenost instituta, da se ograničava samo na njegovu apstraktno-normativnu dimenziju, na određenje pojma predmnjeve kao zakonskoga pravila koje uz utvrđenje o postojanju jedne činjenice (presumptivne baze) nadovezuje zaključak o postojanju neke druge činjenice (presumirana činjenica) ili pravnog stanja (presumirano pravno stanje) (**predmnjeva kao presumpтивно pravilo**), da previđa da se pri presumpтивном utvrđivanju činjenica mora voditi računa i o presumpciji (zaključku) o postojanju određenog presumiranog objekta kao konkretnom pravnom sudu koji se formira na temelju presumpтивног pravila i konkretnog utvrđenja o postojanju presumpтивne baze (**zaključak o postojanju konkretnog presumiranog objekta kao konkretna pravna predmnjeva**). U tom bi se smislu iz zakonskog pravila prema kojem se ocem djeteta smatra muž majke u vrijeme njegova rođenja (54. ObZ)¹⁹ kao apstraktne pravne predmnjeve (pravnog pravila) i utvrđenja da je određeno dijete rođeno tijekom braka izvodila konkretna pravna predmnjeva (zaključak) da je osoba za koju je utvrđeno da je bila muž majke u vrijeme rođenja tog djeteta njegov otac.

Kako bi se i na terminološkom planu mogle i trebale određeno razlikovati navedene dvije pravne predmnjeve, apstraktne i konkretne, za označavanje prve od njih u ovom će se radu redovito koristiti izraz presumpтивно pravilo, a za označavanje druge (konkretna) pravna predmnjeva (presumpcija).

17 Einladung zur Rechtstheorie, 2006., 130., 131.

18 Rechtstheorie, 4. izd., 2008., 90., 91.

19 OBZ: Obiljetni zakon (NN 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11).

1.4. Stav da je zakonska predmnjeva činjenica

Domaća civilistička doktrina, ali, čini se, i opća teorija prava gotovo beziznimno zastupaju stav da je zakonska predmnjeva činjenica.

U tom smislu **Klarić** i **Vedriš**,²⁰ predmnjevu ili presumpciju definiraju kao takvu pravnu činjenicu koja se smatra dokazanom dok se ne dokaže protivno. Ta se definicija zapravo odnosi samo na tzv. oborive predmnjeve. Prema ovim autorima neoboriva predmnjeva «znači da se po propisu smatra neka činjenica dokazanom, a protudokaz nije uopće dopušten». Dodatno, ovi autori objašnjavaju zašto se neoboriva predmnjeva zove *paesumptio juris et de jure* («pravna predmnjeva i o pravu») i zašto protudokaz nije moguć: «Naime, kad god treba dokazati postojanje nekog subjektivnog prava, uvijek dokazujemo samo činjenice iz kojih se to pravo izvodi, kod *praesumptio iuris et de iure* ne radi se samo o tome da se neka činjenica uzima kao dokazana, nego se uzima kao dokazano i samo pravo koje se iz te činjenice izvodi. Zbog toga u točno određenim slučajevima pravo ne dopušta izvođenje protudokaza». Pravilnost navedenog objašnjenja, tzv. neoborivih predmnjeva i latinskog naziva kojim se označavaju, teško može objasniti brojne slučajeve u kojima se na temelju presumptivnih pravila formiraju neoborivi zaključci o postojanju «običnih» činjenica, odnosno oborivi zaključci o postojanju prava ili pravnih odnosa. Ono bi odgovaralo samo neoborivim predmnjevama čiji bi presumirani objekt bila konkretna pravna stanja (v. *infra ad II.* i *III.*). U izloženom se izvodu izraz protudokaz očito (pogrešno) koristi za označavanje onog što se u doktrini (ali i zakonodavstvu: § 292. dZPO) obično naziva dokazom o protivnom.

Perić,²¹ zapravo izbjegava definirati pojam. Po njemu pretpostavke ili presumpcije nastaju kad organi prava nisu i ne mogu biti sigurni u to postoji li neka činjenica, a oni je tada pretpostavljaju i utvrđuju kao da postoji. Kod pretpostavaka za razliku od fikcija bila bi bitna nesigurnost postoji li nešto, a uzima se da postoji, a kod presumpcija bi se pravo zadovoljavalo naslućivanjem i vjerojatnošću. Pritom, s obzirom na «dokazivanje suprotnog» i na odnos prema «protudokazima», autor razlikuje oborive presumpcije (*praesumptiones iuris*), one protiv kojih se dopušta dokaz koji ih može oboriti i neoborive (*prasumptiones iuris et de iure*), one protiv kojih se ne dopušta «protudokaz». Neoborive bi se pretpostavke približavale pojmu fikcije, ali, ipak, svaka neoboriva pretpostavke ne bi morala ujedno biti i fikcija – samo ona neoboriva pretpostavka za koju organi prava pouzdano znaju da je neistinita u stvarnosti postaje fikcijom.

Visković,²² kao posebnu vrstu pravnih činjenica navodi pravne pretpostavke (presumpcije): »Pravna činjenica koja se smatra postojećom iako nije posve sigurno da postoji, i to zato što činjenice iz te vrste zaista najčešće postoje, pa se opravdano smatra da ih osobe što se njima koriste ne moraju dokazivati. Te činjenice-pretpostavke mogu, međutim, opovrgavati i obarati one osobe koje imaju za to pravnog interesa». Moglo bi se primijetiti da ovaj autor kao da ipak dopušta da bi presumpcija bila

20 Gradansko pravo, 11. izd., 2008., 30., 31.

21 Struktura prava, 12. izd., 1994., 92., 93.

22 Teorija države i prava, 2. izd., 2006., 229.

zaključak o postojanju neke činjenice, a ne sama ta činjenica jer se samo zaključak o činjenici, a ne činjenica može opovrgavati, obarati.

U novijoj srpskoj doktrini **Vodinić**,²³ pravne pretpostavke ili presumpcije definira kao činjenice za koje pravo uzima da postoje, ne tražeći dokaz o tome. Za takvu će se činjenicu uzeti da postoji (presumirana činjenica) samo ako doista postoji neka druga činjenica ili druge činjenice (osnova, *basis* pretpostavke), a ako osnova postoji, «važi i pretpostavka». Moglo bi se i ovdje primijetiti, da inzistiranje na «važanju» pretpostavke dovodi u pitanje tezu da je pretpostavka presumirana činjenica – važiti može samo sud, zaključak, teza o nečemu, a ne to nešto.

U nešto starijoj hrvatskoj kaznenopostupovnoj teoriji **Bayer**²⁴ pod pojmom «presumpcija» podrazumijeva činjenice za koje se unaprijed smatra, pretpostavlja ili presumira da postoje dok se ne utvrdi protivno, s time da postoje i pretpostavke kod kojih pravo zabranjuje da se utvrđuje protivno od onog što se presumira. Ovaj autor razlikuje prirodne i pravne presumpcije. Prirodne su one kod kojih se unaprijed uzima da neka činjenica postoji i da je ne treba utvrđivati, jer za njeno postojanje govori prirodan tijek stvari, prirodno stanje stvari, iskustvo stečeno na velikom broju slučajeva iz života. Takva bi bila presumpcija uračunljivosti. Neuračunljivost se, kao izuzetak od općeg stanja utvrđuje kad ima razloga da se smatra da okrivljenik nije bio uračunljiv (237. 1972. važećeg ZKP-a). Pravna bi presumpcije postojale onda kada zakon presumira da postoji neka pravno relevantna činjenica, pri čemu bi trebalo razlikovati *presumptiones juris* (kod kojih je dopušten dokaz o protivnom) i *presumptiones juris et de jure* (kod kojih je dopušten, tzv. protudokaz). Kao pravne presumpcije Bayer navodi presumpciju čestitoga čovjeka i presumpciju nevinosti, koje zapravo smatra pravilima o teretu dokazivanja, čime se može steći dojam da ovaj autor presumpcije shvaća kao činjenice koje su unaprijed apsolutno (kao takve) utvrđene u zakonu. On uopće ne razmatra (dakle, previđa) «mehanizam» formiranja zaključka o postojanju presumiranih činjenica. Prema njemu se presumpcije kao činjenice ne utvrđuju jer se u zakonu pretpostavljaju. Bayer upada i u stanovitu kontradikciju kad presumpciju nevinosti, koju razmatra u sklopu pravila prema kojima se pretpostavlja da postoji neka pravno relevantna činjenica, kvalificira kao pravilo o teretu dokazivanja, jer ako je presumpcija nevinosti pravilo, onda ne može biti činjenica i obrnuto.

Krapac²⁵ smatra da su presumpcije (pretpostavke) «činjenice koje ne trebamo utvrđivati nego ih unaprijed uzimati kao utvrđene zato što za njihovo postojanje govori prirodno stanje stvari, pravila općeg ljudskog iskustva, stečenog na velikom broju slučajeva iz života (tzv. prirodne presumpcije) ili zato što nam to u situaciji donošenja pravne odluke nalaže određeno pravno pravilo (tzv. pravne presumpcije). Zapravo, i u jednom i u drugom slučaju sud mora, stoga što je utvrđena (ili nije utvrđena) kakva činjenica, smatrati da postoji neka druga, pravno relevantna činjenica, koju bi inače bilo teško utvrditi. Njihova je svrha dakle olakšati utvrđivanje činjenica jer sud oslobađa dužnosti da to čini u situacijama koje se, prema općim pravilima iskustva ili zakonodavčevu očekivanju, smatraju podudarnim sa stvarnim stanjem stvari. Ako to,

23 *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, 2012., 418., 419.

24 *Jugoslavensko krivično procesno pravo*, II., Zagreb, 1972., 41. i slj.

25 *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, (u nastavku: KPP), 2. izd., 2007., 347. i slj.

međutim, nije slučaj, presumpcije se u konkretnom predmetu mogu, u pravilu *obarati* utvrđivanjem suprotnog od onoga što pretpostavljaju». ²⁶ Uz prikazano objašnjenje biti instituta moglo bi se primijetiti da presumpcije kao činjenice, kao pojave u stvarnosti, ²⁷ kako taj pojam definira ovaj autor, ne mogu imati svrhu da olakšaju utvrđivanje činjenica, da to mogu imati samo presumptivna pravila, odnosno da se presumpcije kao činjenice ne mogu obarati, već samo presumpcije kao konkretni zaključci (sudovi, stavovi, mišljenja) o činjenicama formirani primjenom presumptivnog pravila na utvrđenje o postojanju neke druge činjenice. Konačno, presumpcije kao činjenice, kao pojave u stvarnosti ne mogu ništa pretpostavljati, one mogu postojati ili ne postojati, o njihovom se postojanju ili nepostojanju mogu formirati zaključci presumptivnoga karaktera, itd. ²⁸

U relativno starijoj domaćoj građanskoprocesnopravnoj doktrini **Zuglia**, ²⁹ zakonskom presumpcijom naziva indicij kojem materijalno pravo daje snagu potpunog dokaza (*praesumptio iuris*). Moglo bi se primijetiti da takvo određenje pojma presumpcije ostavlja otvorenim što bi prema ovom autoru bila predmnjeva – presumptivna baza ili presumirana činjenica.

Određenje pojma koje zakonsku predmnjevu definira kao činjenicu ne bi trebalo prihvatiti zato što ono konfundira zaključak o postojanju presumirane činjenice s tom činjenicom. Na to uostalom upućuje i norma koja propisuje da činjenicu čije postojanje zakon pretpostavlja ne treba dokazivati, ali da se u pravilu može dokazivati da ona ne postoji (221/3.). Iz te odredbe, naime, proizlazi da je pretpostavka ono što pretpostavlja postojanje nečega, a ne ono što je pretpostavljeno, da je pretpostavka (presumpcija, predmnjeva) pravni zaključak o postojanju presumiranog objekta do kojega se dolazi primjenom pravnoga pravila koje propisuje formiranje takva zaključka na utvrđenje o postojanju, tzv. presumptivne baze. ³⁰ Zato što je predmnjeva zaključak o nečemu, moguće je govoriti o postojanju neoborivih i oborivih predmnjeva. Oboriti se, naime, može samo zaključak, a ne ono čega se on tiče.

1.5. Vlastiti stav

Uvažavajući *supra ad* 1.1. do 1.4. izloženo, trebalo bi razlikovati pojam

26 I KRAPAC, KPP, 349., 350., kao prirodnu presumpciju navodi presumpciju ubrojivosti, a kao pravne presumpcije čestitosti i nedužnosti, s time da za razliku od Bayera, ovu drugu presumpciju ne kvalificira i kao pravilo o teretu dokazivanja.

27 KRAPAC, KPP, 339., 342.

28 Teško je otići se dojmom da i Bayer i Krapac kad govore, o tzv. prirodnim presumpcijama zapravo govore, o tzv. *prima facie* dokazima. O ovom «dokazu» u hrvatskoj doktrini, usp. UZELAC, Teret dokazivanja, 2003., 82. i slj.

29 Građansko procesno pravo FNRJ, 1957., 322.

30 Takvo određenje pojma presumpcija u bitnome bi odgovaralo njegovom «filozofijskom» značenju, prema kojemu bi ona bila pretpostavka (teza u spoznajnom procesu, koja se uzima kao istinita da bi se iz nje mogli izvoditi neki zaključci čije važenje ovisi o njezinom važenju), pomisao, mnijenje koje vrijedi kao istinito tako dugo dok se ne dokaže njegova neodrživost (usp. FILIPOVIĆ, Filozofijski rječnik, 2. izd., 1984., 264.), ali i njegovom pravnom značenju kao zaključku da neka činjenica postoji utemeljenom na dokazanom postojanju drugih činjenica (usp. Webster's New World Dictionary, 3. izd., 1988., 1067.).

zakonske predmnjeve kao apstraktnog presumptivnog pravila koje uz utvrđenje o postojanju, tzv. presumptivne baze nadovezuje zaključak o postojanju presumiranog objekta, od pojma **zakonske predmnjeve kao zaključka** o postojanju konkretnog presumiranog objekta koji sud u pojedinim slučajevima formira na temelju navedenog presumptivnog pravila i utvrđenja o postojanju konkretne presumptivne baze.

U prilog navedenog određenja pojma zakonske predmnjeve i kao konkretnoga pravnog zaključka (*conclusio* silogizma utvrđivanja činjenica primjenom presumptivnog pravila) o postojanju presumiranog objekta formiranog na temelju presumptivnog pravila (*praemissa maior* silogizma utvrđivanja činjenica primjenom presumptivnog pravila) i utvrđenja o postojanju presumptivne baze (*praemissa minor* silogizma utvrđivanja činjenica primjenom presumptivnog pravila),³¹ govori i sama *supra* citirana zakonska odredba prema kojoj činjenice čije postojanje zakon pretpostavlja ne treba dokazivati. Iz te bi odredbe, naime, proizlazilo da bi isključenje potrebe da se određena činjenica ili pravno stanje utvrđuje dokazivanjem (ili na neki drugi način) ovisilo: (1.) o postojanju zakonskog pravila kojim bi bili predviđeni uvjeti za formiranje pretpostavke o postojanju nekog presumiranog objekta, (2.) o utvrđenju da su ti uvjeti *in concreto* ispunjeni te (3.) o na temelju tog pravila i tog utvrđenja formiranoj pretpostavci (zaključku, stavu) o postojanju tog presumiranog objekta.³² Ono što bi *in concreto* isključivalo potrebu utvrđivanja presumiranog objekta nekom drugom metodom uključujući i dokazivanjem bila bi, dakle, predmnjeva kao konkretni pravni zaključak da presumirani objekt postoji.

O razlikovanju, tzv. zakonskih presumpcija o činjenicama i tzv. zakonskih presumpcija o pravu (pravnom stanju), uvjetovanog razlikovanjem između presumiranog utvrđenja postojanja "obične" činjenice i presumiranog utvrđenja postojanja nekog prava ili pravnog odnosa (pravnog stanja), v. *infra ad II*.

O promjeni objekta utvrđivanja (dokazivanja) odnosno o promjeni metode utvrđivanja presumiranih objekata kad se oni utvrđuju primjenom presumptivnih pravila v. *infra ad IV*.

Pored izloženoga pojma zakonskih predmnjeva, za koji je karakteristično da se ono što se pretpostavlja ne treba dokazivati ako se utvrdi postojanje presumptivne baze, što znači da treba uzeti da to «ono» postoji onako kako se pretpostavlja, uz razlikovanje, tzv. oborivih (relativnih) i neoborivih (apsolutnih) predmnjeva već prema tomu je li ili nije dopušteno utvrđivati (dokazivati) protivno (v. *infra ad II*.), u doktrini se opravdano upozorava na postojanje, tzv. jednostavnih predmnjeva, za koje je karakteristično da se ono što se pretpostavlja ne dokazuje (ili utvrđuje drugim

31 *Praemissa minor* logičkog silogizma bi u ovom slučaju zapravo bilo utvrđenje o postojanju presumptivne baze, a ne ta baza.

32 Prema standardnoj koncepciji instituta zakonske predmnjeve ona bi se sastojala iz dva članka (njem. *zwei Glidern*) – iz presumptivne baze i presumirane činjenice (usp. HOLZHAMMER, Die einfache Vermutung im Zivilprozeß, Festschrift Kralik, 1986., 205.; FASCHING, ZPR, 456.; RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 406.). Trebalo bi, međutim, uzeti da «mehanizam» utvrđivanja činjenica primjenom presumptivnih pravila ima tri konstitutivna elementa: (1.) postojanje zakonskog pravila koje uz utvrđenje o postojanju presumptivne baze veže (nalaže) zaključak o postojanju presumiranog objekta, (2.) utvrđenje o postojanju presumptivne baze te (3.) zaključak o postojanju presumiranog objekta.

metodama) samo dok se ne ospori (dovede u pitanje) (v. *infra ad VI.*).
O pravnoj prirodi presumptivnih pravila v. *infra ad VIII.*

2. UGOVORNE PREDMNJEVE

Citiranom odredbom članka 221. stavka 1. ZPP-a predviđeno je da činjenice čije postojanje zakon pretpostavlja ne treba dokazivati, ali da se može dokazivati da one ne postoje, ako zakonom nije drukčije propisano. Tom odredbom nije riješeno pitanje treba li dokazivati činjenice čije je postojanje pretpostavljeno ugovorom (ili inače pravnim poslom) (kao individualnom ili apstraktnom pravnom normom).

Polazeći od toga da pravni subjekti mogu svoje odnose i iz njih proizlazeća prava - u granicama koje postavljaju prisilni propisi i pravila morala – slobodno uređivati (2. ZOO), trebalo bi uzeti da bi oni mogli i u svojim ugovorima³³ i drugim pravnim poslovima utvrditi uvjete uz čije bi se ispunjenje smatralo da su nastupile određene pravne posljedice. Tako bi ugovorne strane mogle predvidjeti (presumptivna ugovorna odredba, pravilo) da će se smatrati da je jedna od njih odustala od svoje ponude, da je povukla neko svoje očitovanje, da se odrekla nekog prava (presumirana činjenica, odnosno presumirano pravno stanje), ako ne bi u određenom roku poduzela neku radnju (presumptivna baza). Ugovorne bi strane učinak takvih predmnjeva mogle ograničiti otvaranjem mogućnosti da se dokazuje protivno, odnosno mogle bi isključiti takvu mogućnost.

Budući da bi normativnom osnovom za formiranje zaključka o postojanju presumiranog objekta mogla biti ne samo zakonska pravila već i individualna ili apstraktna pravila sadržana u pravnim poslovima, trebalo bi s obzirom na ono što bi u pojedinim slučajevima imalo značenje takve osnove razlikovati između zakonskih i ugovornih predmnjeva te za njihovo genusno označavanje koristiti izraz pravne predmnjeve. Taj će se izraz u tom (genusnom) smislu ovdje koristiti.

3. ULANČANE (STUPNJEVITE) PREDMNJEVE

U nekim je slučajevima moguće polazeći od jedne presumpтивne baze (presumptivna baza prvog stupnja) zaključiti o postojanju nekog presumiranog objekta («obične» činjenice, pravnog stanja) (presumirani objekt prvog stupnja) te na temelju utvrđenja o njegovom postojanju (eventualno uz utvrđenje postojanja i nekih drugih činjenica) (presumptivna baza drugog stupnja) biti u mogućnosti zaključiti o postojanju presumiranog objekta drugog stupnja, na temelju kojega bi, eventualno, također uz utvrđenje postojanja nekih drugih činjenica, kao na temelju presumpтивne baze trećeg stupnja bilo moguće zaključiti o postojanju presumiranog objekta trećeg stupnja, itd. Primjer za to pružala bi pravila o pobijanju pravnih radnji u povodu stečaja poduzetih s namjerom oštećenja vjerovnika. Prema tim se pravilima pravna radnja koju je dužnik poduzeo u posljednjih deset godina prije podnošenja prijedloga

33 To bi u pravilu bili okvirni ugovori, zatim kolektivni ugovori i sl., ugovori kojima bi se unaprijed utvrđivala pravila za veći broj pojedinačno neodređenih slučajeva i koja bi u tom smislu bila apstraktna.

za otvaranje stečajnoga postupka ili nakon toga s namjerom da ošteti svoje vjerovnike, može pobijati ako je druga strana u vrijeme poduzimanja radnje znala za namjeru dužnika (130/1. SZ).³⁴ Pritom se znanje za namjeru (presumirana činjenica drugog stupnja) pretpostavlja ako je druga strana znala da dužniku prijete nesposobnost za plaćanje i da se radnjom oštećuju vjerovnici (130/1. SZ) (presumptivna baza drugoga stupnja), s time da se smatra da je vjerovnik znao da dužniku prijete nesposobnost za plaćanje i da se radnjom oštećuju vjerovnici (presumirana činjenica prvoga stupnja) ako je znao ili je morao znati za okolnosti iz kojih se nužno moralo zaključiti da je dužnik nesposoban za plaćanje i da se radnjom oštećuju vjerovnici (130/2. SZ) (presumptivna baza prvoga stupnja). Bila bi riječ o dvije međusobno «ulančane» predmnjeve.³⁵

Teorijski su zamislive i situacije u kojima bi na temelju presumptivnog pravila bilo moguće jednom indicijom kao presumptivnom bazom zaključiti o postojanju neke druge indicije (dakle, jedne činjenice koja također ne bi bila neposredno pravno relevantna), kojom bi se onda, primjenom pravila iskustva (dakle ne i presumptivnog pravila) zaključivalo o neposredno relevantnoj činjenici: bila bi riječ o «mješovitim» ulančanim predmnjevama, predmnjevama čija bi se mješovitost očitovala u tomu što bi jedna od predmnjeva u lancu bila pravna, druga iskustvena (ili obrnuto), itd.

4. *RATIO*

Presumptivna su pravila redovito utemeljena na iskustvu, na onome što se najčešće događa (*praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*).³⁶ Ona zato, uvažavajući taj realitet, u pravilu imaju za cilj olakšati utvrđivanje činjenica za koje se iskustveno može uzeti da će postojati u pravilu (*praesumptiones sunt coniecturae ex signo verisimili ad probandum adsumptae*).³⁷ Često se to, međutim, čini i radi olakšanja (procesno)pravnog položaja određenih kategorija socijalno slabijih (npr. djece, radnika, potrošača, potencijalno diskriminiranih), ali i radi ostvarenja drugih pravopolitičkih ciljeva, npr. radi olakšanja pobijanja pravnih radnji kojima se

34 SZ: Stečajni zakon (NN 44/96, 161/98, 29/99, 129/00, 123/03, 197/03, 187/04, 82/06, 116/10, 25/12).

35 Naplatni ugovor sklopljen između stečajnog dužnika i njemu bliske osobe može se pobijati ako se stečajni vjerovnici njime izravno oštećuju, s time da se taj ugovor ne može pobijati ako je sklopljen ranije od dvije godine prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka ili ako druga strana dokaže da joj u vrijeme sklapanja ugovora nije bila poznata niti joj je morala biti poznata namjera dužnika da ošteti vjerovnike (130/3. SZ). Predmnijevalo bi se, dakle, da je bliskoj osobi koja je sa stečajnim dužnikom sklopila naplatni ugovor (presumptivna baza) bila poznata ili morala biti poznata namjera dužnika da ošteti vjerovnike (presumirana činjenica).

36 Culacius, cit. prema STOJČEVIĆ-ROMAC, *Dicta et regulae iuris*, bez god. izd., 289.

37 Usp. STOJČEVIĆ-ROMAC, op. cit., 289. GIULIANI, *Civilian Treatises on Presumptions*, 1580-1620, u "The Law of Presumptions: Essays in Comparative Legal History", edit. R.H. Helmholz i W. David H. Sellar, 2009., 47., primjećuje da se u literaturi perioda koji istražuje izrazom *verisimilis* uobičajeno prevodio Aristotelovski *eikos*, dok se riječ *probabilis*, radi asocijacije s rječnikom moralne teologije, rijetko koristila s time u vezi, pritom citirajući i neke odgovarajuće definicije: "*Praesumptio nihil aliud est quam veritas verisimilis, non tamen certa.*" (MANTICA, *De coniecturis*, lib. I, tit. I, n. 8.).

oštećuju treći (v. *supra ad 3.*), itd., a ako je riječ o procesnim predmnjevama, radi jačanja procesne sigurnosti, discipline, ekspeditivnosti i ekonomije, radi zaštite pravnog položaja neke od stranaka u postupku, itd.

U toj, redovito iskustveno utemeljenoj, vezi između presumptivne baze i presumirane činjenice (presumiranog pravnog stanja) očitovala bi se razlika između zakonske predmnjeve i zakonskih fikcija (v. *infra ad X.*).

Ratio ugovornih predmnjeva trebalo bi tražiti u dispoziciji ugovornih strana, u njihovoj ocjeni da bi unošenjem odgovarajućih rješenja u svoje pravne poslove ostvarile neke svoje poslovne, pravozaštitne i druge interese.

II.

«PREDMNJEVE O ČINJENICAMA» I «PREDMNJEVE O PRAVU»

U austrijskoj i njemačkoj doktrini³⁸ razlikuje se s obzirom na objekt zakonske predmnjeve (u odnosu na ono što se presumira), tzv. predmnjeva o činjenicama (njem. *Tatsachenvermutungen*, *Beweisvermutungen*;³⁹ lat. *praesumptiones facti*) i tzv. predmnjeva o pravu (njem. *Rechtsvermutungen*; lat. *praesumptiones iuris*).⁴⁰

Za **predmnjeve o činjenici** bilo bi određujuće da se kod njih na temelju presumptivnog pravila i utvrđenja o postojanju jedne (u pravilu) pravno neposredno irelevantne ("relevantnom činjeničnom stanju strane") činjenice (presumptivne baze) zaključuje o postojanju ili nepostojanju neke neposredno (ili neposrednije)⁴¹ pravno relevantne činjenice (presumirana činjenica; njem. *vermutete Tatsache*), činjenice za koju bi bilo određujuće da sama po sebi nema značenje konkretnoga prava, pravnog odnosa ili pravnog stanja. Primarni (iako pomoćni) objekt (tema) utvrđivanja (dokazivanja; njem. *Beweisthema*) bila bi presumptivna baza, a ne neposredno relevantna presumirana činjenica.⁴² Ta bi činjenica, međutim, bila sekundarni (iako glavni) objekt utvrđivanja. Do zaključka o njezinom postojanju dolazilo bi se

38 U bivšoj jugoslavenskoj doktrini to je razlikovanje provodio JUHART, CPP, 353.

39 Izraz *Beweisvermutung* koristi FASCHING, ZPR, 456.

40 Usp. FASCHING, ZPR, 456. i RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 406. ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 630., 631. i JUHART, CPP, 353., ne koriste u ovom kontekstu latinske izraze *praesumptio facti* i *praesumptio iuris*.

41 Kod ulančanih bi predmnjeva (v. *supra ad I.3.*) relevantnost presumptivne baze nižeg stupnja kao predmeta utvrđivanja bila sasvim «posredno posredna» - ona bi tu relevantnost dobivala kao osnova za utvrđivanje osnove za utvrđivanje neposredno relevantne činjenice.

42 FASCHING, ZPR, 456., RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 406., HOLZHAMMER, ÖZP, 249., ROSENBERG-SCHWAB, 14. izd., 712.; ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 631., 632., govore s time u vezi o prebacivanju teme dokazivanja. Ovdje bi, međutim, ipak primarno bila riječ o primarnom i sekundarnom objektu utvrđivanja, a tek eventualno, onda kad bi se presumptivna baza utvrđivala dokazivanjem, samo o prebacivanju teme dokazivanja.

primjenom presumpktivnog pravila na utvrđenu presumptivnu bazu.^{43,44} Budući da bi se presumirana činjenica utvrđivala primjenom presumpktivnog pravila, dakle metodom utvrđivanja koja bi dokazivanje činila suvišnim, ona prigodom takvog utvrđivanja ne bi uopće mogla biti izravan predmet dokazivanja. Zbog toga bi se u slučaju u kojemu bi se, da nema presumpktivnog pravila, činjenica koja se utvrđuje njegovom primjenom utvrđivala dokazivanjem i u kojemu se, zato što takvo pravilo postoji, umjesto te činjenice dokazivanjem utvrđuje presumptivna baza, moglo govoriti da bi kod utvrđivanja činjenica primjenom presumpktivnog pravila dolazilo do promjene predmeta dokazivanja, umjesto da se izravno dokazuje neposredno relevantna činjenica, dokazivala bi se presumptivna baza. Presumirana bi činjenica, međutim, ipak, mogla biti izravni objekt utvrđivanja (dokazivanja) kod tzv. oborivih činjeničnih predmnjeva, onda kada bi se utvrđivalo (dokazivalo) protivno (v. *infra ad IV.*). O tomu u kojem bi smislu u vezi s činjeničnim presumpcijama dolazilo i do prebacivanja tereta utvrđivanja (dokazivanja) v. *infra ad IV. I IX.*

Kod **predmnjeva o pravu** na temelju utvrđenja o postojanju određenih činjenica (presumptivna baza) izravno bi se zaključivalo o postojanju ili nepostojanju konkretnog prava ili pravnog odnosa (presumirano pravno stanje; njem. *vermuteter Rechtszustand*). Činjenice koje bi tvorile presumptivnu bazu bile bi činjenice kojima se inače, primjenom mjerodavne norme (kad ne bi bilo presumpktivnog pravila), ne bi mogao izvesti zaključak o postojanju toga konkretnog pravnog stanja.⁴⁵ I pri utvrđivanju pravnih stanja primjenom presumptivnih pravila dolazilo bi, dakle, do promjene predmeta utvrđivanja (eventualno i teme dokazivanja). Umjesto činjenica uz koje bi norma mjerodavnog prava (koju bi trebalo primijeniti kad ne bi bilo mjesta primjeni presumpktivnog pravila) nadovezivala nastanak, prestanak ili promjenu pravnog stanja koje bi trebalo utvrditi, bilo bi dovoljno utvrditi (dokazati) postojanje presumptivne baze.⁴⁶ I kod ovih bi predmnjeva presumirani objekt bio sekundarni (iako glavni) predmet utvrđivanja. On, međutim, ne bi bio predmet dokazivanja jer bi se utvrđivao primjenom presumpktivnog pravila na utvrđenu presumptivnu bazu kao

43 Kad se presumirani predmet utvrđuje primjenom presumpktivnog pravila, glavni bi predmet utvrđivanja bili neposredno relevantna činjenica ili pravno stanje, dakle, presumirani predmet, dok bi pomoćni predmet utvrđivanja, onaj koji utvrđujemo da bi primjenom presumpktivnog pravila na utvrđenje o postojanju tog predmeta utvrdili glavni predmet, bila presumptivna baza. Funkcionalno bi, međutim, presumptivna baza bila prethodni (primarni) predmet utvrđivanja, a relevantna činjenica ili pravno stanje utvrđenjem o primarnom predmetu utvrđivanja uvjetovani sekundarni predmet utvrđivanja.

44 U doktrini kao da se u ovom kontekstu izbjegava govoriti o utvrđivanju činjenica primjenom presumptivnih pravila, već se umjesto toga koriste evazizmi poput onog da će sud kao osnovu svoje odluke, i to ne kao dokazanu, već bez dokazivanja, uzeti činjenicu na koju upućuje zakonska predmnjeva (shvaćena kao pravno pravilo). Usp., npr., ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 630. Slično JUHART, CPP, 353.

45 U tom se smislu iz činjenice same po sebi da je dijete rođeno za vrijeme trajanja braka, kad ne bi bilo posebnog presumpktivnog pravila, ne bi mogao izvesti zaključak da je muž majke otac djeteta – za to bi bilo potrebno dokazati da je ta osoba njegov biološki otac. Tako i FASCHING, ZPR, 456.

46 Usp. FASCHING, ZPR, 456., RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 406., HOLZHAMMER, ÖZP, 249., ROSENBERG-SCHWAB, 14. izd., 712.; ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 17. izd., 632.

na primarni (iako pomoćni) predmet utvrđivanja, dakle metodom koja bi otklanjala potrebu dokazivanja. O tomu bi li i kako presumirano pravno stanje kod oborivih pravnih predmnjeva moglo biti primarni predmet utvrđivanja (dokazivanja) te u kojem bi smislu u vezi s time dolazilo do promjene objekta utvrđivanja (dokazivanja) i prebacivanja tereta utvrđivanja (dokazivanja) v. *infra ad IV*.

U dijelu bivše jugoslavenske doktrine te u hrvatskoj postjugoslavenskoj procesnopravnoj doktrini nije se razlikovala niti se razlikuje predmnjeva o činjenicama i predmnjeva o pravu u naznačenom smislu. Umjesto toga se govori samo o činjenicama kao objektu zakonskih predmnjeva, pri čemu neki autori pojmom pravna presumpcija (*praesumptio iuris*) obuhvaćaju sve zakonske presumpcije, ne razlikujući one koje upućuju na «običnu» činjenicu i one koje upućuju na pravno stanje.⁴⁷ Terminom *presumptiones hominis sive facti* označavaju se iskustvene presumpcije, presumpcije do kojih se dolazi primjenom pravila iskustva.⁴⁸

U ovom će se radu izrazi predmnjeva o činjenici i predmnjeva o pravu koristiti u smislu koji im se pridaje u austrijskoj i njemačkoj doktrini.

Inzistiranje na razlikovanju «običnih» činjenica i pravnih stanja kao objekata presumptivnog zaključka moglo bi svoje opravdanje, između ostaloga, naći u sljedećem:

(1.) Potreba da se istakne razlika u kvaliteti tih objekata presumptivnog zaključka. Pravna stanja o čijem se postojanju ili nepostojanju zaključuje na temelju presumptivnih pravila mogu se, naime, u postupku javiti u funkciji svojevrsnih pravno relevantnih činjenica⁴⁹ i u tom smislu imati značenje prethodnih pitanja (12/1., 2.), ali i kao objekti deklaratornog tužbenog zahtjeva,⁵⁰ odnosno deklaratorne preambule kod kondemnatornih⁵¹ i kod konstitutivnih⁵² tužbenih zahtjeva,⁵³ kada bi zapravo također imali značenje elemenata glavnog pitanja, ali i specifičnih prethodnih (uvjetujućih) pitanja. Kod činjeničnih bi se predmnjeva zaključivalo, međutim, samo o postojanju odgovarajućih pravno relevantnih činjenica, prema kojima bi se tek trebali izvesti daljnji zaključci o nastanku, promjeni ili prestanku određenih prava ili pravnih odnosa.

(2.) Specifičnosti zaključaka o postojanju odgovarajućih «običnih činjenica» i pravnih stanja. Kad se na temelju presumptivnog pravila zaključuje o postojanju

47 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 486., POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 1999., 42., 243., 244., UZELAC, Teret dokazivanja, 60., 64., 65., 86. i slj.

48 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 486. POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 1999., 42., 243., 244., i JUHART, CPP, 353. uopće ne koriste navedeni latinizam.

49 BRUNS, ZPR, 240., s time u vezi ističe da su činjenica i pravo za pravilo o pravnoj posljedici uvijek značajni kao elementi činjeničnog stanja i da se razlikuju samo prema opsegu njihovih učinaka.

50 U tim bi se slučajevima na temelju utvrđenja o postojanju presumptivne baze izravno zaključivalo o postojanju prava ili pravnog odnosa čije se utvrđenje traži.

51 Npr., kad bi objekt presumptivnog zaključka bila tražbina s obzirom na koju je kondemnatorni zahtjev istaknut.

52 Npr., kad bi objekt presumptivnog zaključka bilo pravo tražiti pravnu promjenu izricanje koje je zatraženo konstitutivnom tužbom.

53 O strukturi tužbenih zahtjeva kod kondemnatornih, deklaratornih i konstitutivnih tužbi te o problemu, tzv. deklaratornog preambula v. DIKA, Gradansko parnično pravo, VI., Tužba, 2009., §§ 21/2.2., 28/2., 32/1.

pravnog stanja, ono na što se predmnjeva izravno odnosi jest postojanje ili nepostojanje određenog prava ili pravnog odnosa, a ne činjenice uz čije postojanje mjerodavna pravna norma veže njihov nastanak, promjenu ili prestanak.⁵⁴ Predmnjeva o pravu nije predmnjeva o postojanju pravnih posljedica, već o pravnom stanju.⁵⁵ U tom smislu kod ovih predmnjeva presumptivna baza preuzima zapravo ulogu neposredno relevantne činjenice, koja ipak ne bi bila «prava» pravonogenerativna činjenica, već činjenica koja služi formiranju zaključka do kojega bi se inače moralo doći utvrđivanjem «pravih» takvih činjenica. U tom smislu presumptivna pravila kod ovih predmnjeva mijenjaju predmet činjenične premise za formiranje zaključka o postojanju pravnog stanja. Zbog toga stranka kojoj predmnjeva ide u korist ne treba iznositi tvrdnje o činjenicama koje bi bile relevantne za nastanak, promjenu ili prestanak odnosnoga pravnog stanja kad ne bi bilo presumptivnog pravila niti za to predlagati dokaze, a sudac pritom ne utvrđuje te činjenice niti na njih primjenjuje mjerodavno pravo da bi došao do zaključka o postojanju toga stanja. Protivnik bi stoga morao, ako protudokazom ne bi mogao dovesti u pitanje postojanje presumptivne baze, kod oborivih predmnjeva o pravu iznijeti sve tvrdnje i dokazati sve sporne okolnosti iz kojih bi proizlazilo da unatoč tomu što postoji presumptivna baza ne postoji predmnijevano pravno stanje. On bi zapravo trebao dokazati da postojeće činjenično stanje ne opravdava zaključak o postojanju presumiranog pravnog stanja.⁵⁶ Kad se na temelju presumptivnog pravila zaključuje o «običnim» pravno relevantnim činjenicama, trebalo bi, kao što je to *supra ad* (1) rečeno, tek primjenom mjerodavne pravne norme na utvrđenje o njihovu postojanju zaključiti postoji li ili ne postoji odgovarajuće pravo ili pravni odnos (pravno stanje).

(3.) Razlike koje se tiču načina obaranja zaključka o postojanju objekta presumpcije (v *infra ad* III.).

54 BRUNS, ZPR, 240., 241. smatra da predmnjeva o pravu znači predmnjevu o postojanju ukupnosti pravnotemeljujućih činjenica o kojima u konkretnom slučaju ovisi nastanak prava, što dolazi do izražaja u dokazivanju protivnog. U prilog tomu govorila bi, smatra ovaj autor, okolnost da se takve predmnjeve (kad to nije isključeno) obaraju dokazivanjem da ne postoji niti jedna od činjeničnih osnova koje bi mogle opravdati postojanje presumiranog pravnog stanja. Valja, međutim, primijetiti da je prigodom formiranja zaključka o presumiranom pravnom stanju zapravo nebitno postoje li činjenice o kojima bi ovisio nastanak toga stanja kad ne bi bilo presumptivnog pravila, i to neovisno o tomu o kakvim je predmnjevama riječ, o oborivim ili neoborivim; postojanje tih činjenica postaje relevantno tek u dokazivanju o protivnom kad je ono dopušteno. Slično JUHART, CPP, 353.,

55 ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 631.

56 Usp. ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 631. BRUNS, ZPR, 241., s time u vezi ističe da bi u slučaju u kojemu bi posjednik (u čiju bi korist išla predmnjeva o vlasništvu) tvrdio da je vlasništvo stekao pravnim poslom, nasljeđivanjem i dosjelošću, protivnik uspio s protudokazom (njem. *Gegenbeweis*) kad bi dokazao da je pravni posao ništetan, da ostavitelj nije bio vlasnik, da dosjelost nije dovršena.

III. OBORIVE I NEOBORIVE ZAKONSKE PREDMNJEVE

1. OPĆENITO

Prema tome je li ili nije dopušteno dokazivati protivno od onoga što zakon (na temelju utvrđenja o postojanju presumpktivne baze) pretpostavlja razlikuju se oborive (njem. *widerlegbare Rechtsvermutungen*; lat. *praesumptiones iuris tantum*) ili relativne predmnjeve od neoborivih (njem. *unwiderlegbare Rechtsvermutungen*; lat. *praesumptiones iuris et de iure*)⁵⁷ ili apsolutnih predmnjeva.⁵⁸ Zakonske su predmnjeve **u pravilu oborive** (*praesumptio cedit veritati*)⁵⁹ zato što je dopušteno dokazivati da činjenice «čije postojanje zakon pretpostavlja» ne postoje, ako zakonom nije što drugo određeno (221/3.). Pritom bi zaključak o tome je li riječ o oborivoj ili neoborivoj predmnjevi bilo moguće izvesti ili iz eksplicitnog teksta pravila koje je utvrđuje, npr. iz okolnosti da bi to u njemu bilo izrijekom predviđeno, ili iz šireg normativnog konteksta u kojemu je ono stipulirano. U slučaju dvojbe trebalo bi uzeti da je predmnjeva oboriva.

Primjer za oborivu predmnjevu bila bi, npr. predmnjeva da se djetetovim ocem smatra majčin muž ako je dijete rođeno za vrijeme trajanja braka ili tijekom tristo dana od prestanka braka (54/1. ObZ), u vezi s kojom je predmnjevom izrijekom predviđeno da se može osporavati, i to samo tužbom (*arg. ex 75., 78., 79. ObZ*), što bi značilo da se o očinstvu ne bi moglo prejudicijelno odlučivati (12/1., 2.).

Primjer za neoborivu procesnu predmnjevu bila bi predmnjeva da je tužitelj pristao na objektivnu preinaku tužbe ako se upustio u raspravljanje o glavnoj stvari po preinačenoj tužbi, a nije se prije toga protivio preinaci (190/3.).

Kod neoborivih bi procesnih predmnjeva kod kojih je zaključak o postojanju određenog presumptivnog objekta uvjetovan nepoduzimanjem ili poduzimanjem određenih radnji u propisanim rokovima njihova neoborivost bila relativizirana na jedan specifičan način, naime, mogućnošću traženja povrata u prijašnje stanje - onda

57 MENOCHIO, De praesumptionibus, [1587.], Genova, 1686., lib. I, quaesti. 3., n. 18., p.7, objašnjava naziv i značenje ove vrste predmnjeve: *Praesumptio juris dicitur quia a lege introducta est, et de jure, quia super tali praesumptione lex inducit firmum jus et habet eam pro veritate*. Veza koja bi se uspostavljala ovom predmnjevom kvalificira se kao izvjesnost vjere (*evidentia fidei*) za razliku od veza u prirodi koje imaju punu izvjesnost kao *evidentia rei* (De praesumptionibus, lib. I, quaesti. 3., nn. 13.4, p 7.). Cit. prema GIULIANI, Civilian Treatises on Presumptions, 1580-1620, u The Law of Presumptions: Essays in Comparative Legal History, edit. R.H. Helmholz i W. David H. Sellar, 2009., 46., 47.). Primjeri takvih predmnjeva bile bi *regule juris D.50.17.207 "res iudicata pro veritate habetur"* i *D.1.5.25: "Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur"*. Trebalo bi zaključiti, prema onome što Menochio kaže, da bi se *praesumptiones j(i)uris et de j(i)ure* bile neoborive predmnjeve o pravu, dakle zakonske predmnjeve kod kojih bi presumirani objekt bilo pravno stanje, da se, dakle, izrazom *praesumptiones iuris et de iure* ne bi smjele označavati, tzv. neoborive činjenične predmnjeve. Za označavanje neoborive predmnjeve inače se koriste i latinske fraze poput *praesumptio necessaria* ili *artificialis necessaria probation*.

58 Izraz apsolutna predmnjeva koriste (npr.) TRIVA-DIKA, GPPP, 487.

59 Usp. STOJČEVIĆ-ROMAC, *Dicta et regulae iuris*, bez god. izd., 289.

kad je to dopušteno. Tako bi, npr. predmnjeva da je tuženik pristao na povlačenje tužbe kad je tužitelj, nakon što se tuženik upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, izjavio da povlači tužbu, a tuženik se u roku od petnaest dana od dana kad je obaviješten o povlačenju nije izjasnio o tome (193/2.), imala također značenje apsolutne procesne predmnjeve. Njezinu bi «apsolutnost» trebalo, budući da to u zakonu nije izriječno rečeno, izvesti iz načelne prekluzivnosti zakonskih rokova u parničnom postupku.⁶⁰ Međutim, ta bi apsolutnost bila relativizirana okolnošću da bi se u ovom slučaju moglo zbog propuštanja navedenog roka tražiti povrat u prijašnje stanje (117.). Istekom rokova za traženje povrata ta bi predmnjeva definitivno dobivala svoje svojstvo apsolutne predmnjeve.

Kad su u pitanju situacije u kojima ima mjesta primjeni pravila o neoborivim predmnjevama čiju presumptivnu bazu sud nije ovlašten utvrđivati *ex officio*, neoborivost zaključka o postojanju onoga na što upućuju ta pravila ovisila bi o utvrđenju presumptivne baze.

O utvrđivanju presumiranog objekta primjenom presumptivnih pravila i o utvrđivanju protivnog kad je to dopušteno v. *infra ad IV*.

2. PRETVARANJE OBORIVIH ZAKONSKIH PREDMNJEVA U NEOBORIVE

Zakonskim se pravilima često određuju prekluzivni rokovi za pokretanje sudskih ili nekih drugih postupaka, odnosno za poduzimanje neke druge radnje radi obaranja zakonske predmnjeve, za utvrđivanje (dokazivanje) protivnog. U takvim se slučajevima oborive zakonske predmnjeve protekom roka u kojemu je trebalo pokrenuti postupak za njihovo obaranje u biti pretvaraju u neoborive. Budući da su u nekim slučajevima za različite subjekte određeni različiti rokovi za pokretanje postupka za utvrđenje protivnog,⁶¹ samo bi neki od njih istekom kraćih rokova bili u tome prekludirani. U tom bi se smislu moglo govoriti o relativnom, zapravo subjektivno ograničenom pretvaranju oborivih predmnjeva u neoborive.

3. PREDMNJEVE VEZANE UZ POSTOJANJE PRAVOMOĆNIH (DJELOTVORNIH) ODLUKA

Specifični se presumptivni učinci vežu uz pravomoćne sudske odluke, ali i takve odluke drugih tijela ili osoba s javnim ovlastima. Naime, uz trenutak uz koji se veže njihova pravomoćnost (djelotvornost) veže se **neoboriva predmnjeva**⁶²

60 *Arg. ex* 111.; v. DIKA, Građansko parnično pravo, V., Parnične radnje, § 11/3.

61 Tako majka može tužbom osporavati očinstvo djeteta rođenog za vrijeme trajanja braka u roku od šest mjeseci od rođenja djeteta (81. ObZ), dok dijete to može učiniti do svoje dvadeset pete godine (75/2. ObZ).

62 O tomu da je fraza *praesumptio juris et de jure* (posredno) primjenjiva i na utvrđenje o postojanju nekog prava u pravomoćnoj sudskoj odluci svjedoči, s jedne strane, maksima *res judicata pro veritate habetur (accipitur)* kojom se označavala “dokazna” snaga takve odluke, analogno kao što se za *praesumptio juris et de jure* govorilo da za nju *lex inducit firmum jus et habet eam pro veritate* – v. bilj. 57.

o postojanju ili nepostojanju onoga što je tim odlukama utvrđeno, u objektivnim i subjektivnim granicama njihove pravomoćnosti (djelotvornosti) u smislu da se u drugim građanskim sudskim odnosno upravnim postupcima (između istih stranaka) ne može dokazivati protivno onome što je njima utvrđeno s obzirom na stanje stvari kakvo je bilo u vrijeme na koje se odnosi njihova pravomoćnost (*arg. ex 12/1., 2.*); uz te se odluke, međutim, veže i **oboriva predmnjeva** da i dalje postoji ili ne postoji ono što je njima utvrđeno, dakle i nakon trenutka na koji se odnosi njihova pravomoćnost, osim ako se ne dokaže (utvrdi) protivno.⁶³

Tezu o oborivosti predmnjeve o postojanju onoga što je utvrđeno pravomoćnom (djelotvornom) odlukom s obzirom na vrijeme nakon trenutka na koji se odnosi njezina pravomoćnost (prejudicijelna djelotvornost) trebalo bi relativizirati kad je riječ o odlukama čiji se objekt utvrđenja zbog okolnosti koje bi mogle nastati nakon tog trenutka više neće moći izmijeniti. Tako, npr., ako je presudom utvrđeno da neka isprava nije istinita (autentična), ta isprava ne bi naknadno mogla steći to svojstvo na temelju okolnosti koje bi nastupile nakon trenutka na koji bi se odnosila njezina pravomoćnost. Ako bi pravomoćnom presudom bio poništen neki pravni odnos, taj odnos ne bi mogao biti ratihabiran okolnostima koje bi nastupile nakon trenutka na koji bi se odnosila njezina pravomoćnost, osim ako posebnim propisom to ne bi bilo posebno određeno (zakonska konvalidacija). Itd.⁶⁴

IV.

UTVRĐIVANJE ČINJENICA I PRAVNIH STANJA PRIMJENOM PRESUMPTIVNIH PRAVILA

1. UVOD

Rješavanje problema utvrđivanja presumiranog objekta primjenom presumptivnog pravila na utvrđenje o postojanju presumptivne baze pretpostavlja pethodno rješenje niza pitanja, od kojih se neka podudaraju s onima koja se i inače javljaju pri utvrđivanju činjenica, dok su druga uvjetovana posebnostima takva načina utvrđivanja presumiranog objekta. Ta bi se pitanja zapravo mogla svrstati u dvije skupine. Jednu bi činila ona koja bi se javljala u vezi s utvrđivanjem presumptivne baze. Drugu bi činila pitanja koja bi se otvarala u vezi s utvrđivanjem presumiranog objekta. Kad je riječ o pitanjima prve skupine, najprije bi trebalo odgovoriti na kome bi bio teret tvrđenja činjenica koje tvore presumptivnu bazu. Na to bi se pitanje nadovezivala pitanja o tomu kako bi se ta baza utvrđivala te bi li i kako protivnik mogao osujetiti njezino utvrđenje, ali i pitanje o tomu na kome bi bio teret njezina utvrđivanja (dokazivanja). Što se tiče druge skupine pitanja, naprije bi trebalo razmotriti pitanje bi li trebalo i tko bi trebao ustvrditi postojanje presumiranog objekta da bi se na temelju utvrđenja o postojanju presumptivne baze primjenom presumptivnog pravila utvrdilo da on postoji. Na to bi se pitanje nadovezivala pitanja o tomu kako bi se na temelju presumptivne baze formirao zaključak o postojanju presumiranog objekta te o tomu

63 Usp. DIKA, DIKA, «Prethodno pitanje» u parničnom postupku, ZBO PF RI, 1/2005., 18. i slj.

64 Usp. DIKA, DIKA, «Prethodno pitanje» u parničnom postupku, ZBO PF RI, 1/2005., 18. i slj.

bi li se i kako mogao obarati zaključak o postojanju toga objekta i na kome bi pritom bio teret utvrđivanja (dokazivanja) protivnog.

2. UTVRĐIVANJE PRESUMPTIVNE BAZE

2.1. Određenje pojma

Presumptivna baza jest «ono» uz čije utvrđenje o postojanju presumptivno pravilo nadovezuje (nalaže) zaključak o postojanju presumiranog objekta. Ta bi se baza mogla, sama po sebi, sastojati od jedne ili više činjenica. Značenje takvih činjenica mogle bi imati «obične» činjenice, ali i konkretna prava i pravni odnosi (pravna stanja) kad se javljaju u toj (specifičnoj činjeničnoj) funkciji. U tom bi se drugom slučaju pitanje postoji li konkretno pravno stanje rješavalo prema pravilima o rješavanju prethodnih pitanja.⁶⁵

2.2. Teret tvrđenja

Stranka koja se poziva na presumptivno pravilo redovito treba ustvrditi: (1.) da postoji činjenica ili pravno stanje koje treba utvrditi primjenom toga pravila te (2.) da postoji(e) činjenica(e) koja(e) tvori(e) presumptivnu bazu za formiranje zaključka o postojanju toga presumiranog objekta. Na njoj bi, dakle, bio teret tvrđenja da postoje presumptivna baza i presumirani objekt (v. *infra ad* 3.2.). Iznimke bi postojale u slučajevima u kojima bi sud bio dužan *ex officio* utvrditi postojanje presumiranog objekta, u kojima bi bio dužan *ex officio* primijeniti i sve metode kojima bi mogao doći do tog rezultata, pa, između ostaloga, i utvrđivanje činjenica primjenom presumptivnih pravila. Takvo bi utvrđivanje uključivalo i njegovu dužnost da *ex officio* utvrdi činjenicu ili činjenice koje bi tvorile presumptivnu bazu, činjenice koje inače, kad ne bi imale svojstvo takve baze, ne bi utvrđivao – one, naime, same po sebi (redovito) nisu pravno relevantne jer nemaju značenje činjenica o čijem postojanju izravno ovisi odluka o pravnom pitanju koje treba riješiti.⁶⁶

Budući da činjenice koje tvore presumptivnu bazu u pravilu same po sebi nisu pravno relevantne, stranka u čiju bi korist išla pravna predmnjeva ne bi morala ustvrditi njihovo postojanje niti ih dokazivati ako bi smatrala da bi postojanje neposredno relevantne činjenice ili pravnog stanja (čije bi se postojanje inače presumiralo ako bi se utvrdilo postojanje presumptivne baze) bilo moguće (lakše) utvrditi neovisno

65 Primjer za to bilo bi utvrđivanje očinstva djeteta na temelju presumptivnog pravila da je otac djeteta muž majke u vrijeme njegova rođenja (54. ObZ). U slučajevima na koje bi se odnosilo to pravilo jedan bi od elemenata presumptivne baze bio postojanje određenog pravnog odnosa – braka (pravni odnos kao element presumptivne baze), za čije bi utvrđenje vrijedila pravila o rješavanju prethodnih pitanja (12. ZPP), dok bi drugi element bio rođenje djeteta za vrijeme trajanja tog pravnog odnosa, činjenica koja sama po sebi nema značenje konkretnog prava ili pravnog odnosa.

66 Te bi činjenice bile posredno relevantne u onom smislu u kojem bi to mogli biti i indicije kao činjenice kojima se mogu utvrditi neposredno relevantne činjenice.

o utvrđenju tih činjenica.⁶⁷ Na primjer, ako bi postojanje presumiranog objekta bilo pravomoćno utvrđeno, ako bi ono bilo općepoznato ili priznato, odnosno ako bi na njegovo postojanje upućivala neka druga presumptivna baza primjenom nekom drugog presumptivnog pravila. Ipak, s obzirom na to da se redovito bitno jednostavnije može utvrditi (dokazati) postojanje presumptivne baze i time primjenom presumptivnog pravila presumirani objekt, stranka u čiju korist ide presumptivno pravilo redovito će iskoristiti tu mogućnost i ustvrditi postojanje presumptivne baze te uznastojati pospješiti njezino utvrđivanje nekom od metoda utvrđivanja činjenica, u pravilu dokazivanjem. Upravo bi se stoga moglo u načelu postaviti i pitanje bi li stranka u slučaju u kojemu bi se presumirani objekt mogao utvrditi primjenom presumptivnog pravila na utvrđenje o postojanju presumptivne baze imala pravni interes inzistirati na izravnom utvrđivanju (dokazivanju) presumirane činjenice ili činjenica uz čije postojanje mjerodavna pravna norma (koju bi trebalo primijeniti kad ne bi bilo mjesta primjeni presumptivnog pravila) veže nastanak presumiranog pravnog stanja. Stav o postojanju pravnog interesa za to ovisio bi o ocjeni koji bi od konkurirajućih načina utvrđivanja presumiranog objekta bio pravozaštitno brži, ekonomičniji, učinkovitiji. Stranci bi eventualno trebalo priznati pravni interes u situaciji u kojoj bi učinila vjerojatnim da bi nepresumptivno utvrđivanje presumiranog objekta unosilo veću razinu pouzdanosti utvrđenja o njegovu postojanju od presumptivnog. Primjerice kad bi na neki takav objekt upućivala presumptivna baza primjenom presumptivnog pravila o oborivoj predmnjevi, koja bi se mogla relativno lako oboriti, a prijetila bi opasnost da se odnosni presumirani objekt kasnije ne bi mogao ili bi se mogao bitno teže utvrditi na nepresumptivni način.

2.3. Utvrđivanje i obaranje presumptivne baze

2.3.1. Općenito

Metode utvrđivanja presumptivne baze ovise o tomu što čini tu bazu – «obične» činjenice, činjenice koje same po sebi nemaju značenje konkretnog prava ili pravnog odnosa, ili činjenice koje imaju takvo značenje, činjenice za čije utvrđenje vrijede pravila o rješavanju prethodnih pitanja. U nastavku će metode utvrđivanja presumptivne baze biti posebno razmotrene za svaku od navedenih dviju kategorije činjenica.

2.3.2. Utvrđivanje i obaranje presumptivne baze koju tvore «obične» činjenice

Presumptivna baza koju bi tvorila «obična» činjenica utvrđivala bi se redovito primjenom metoda kojima se činjenice inače utvrđuju u parničnom postupku.⁶⁸

67 S obzirom na to da se presumptivno pravilo redovito temelji na pravilu iskustva, u situaciji u kojoj odgovarajućeg pravnog pravila ne bi bilo, sud bi često do zaključka o postojanju činjenice koju treba utvrditi dolazio utvrđivanjem činjenice uz koju bi pravilo iskustva vezivalo zaključak o postojanju činjenice koju treba utvrditi (indicijsko utvrđivanje činjenica). U toj bi situaciji sud svoj zaključak o postojanju presumirane činjenice na temelju utvrđenja presumptivne baze izvodio iz pravila iskustva, pa bi taj zaključak imao značenje iskustvene (prirodne) predmnjeve.

68 Teorijski je zamisliva i situacija u kojoj bi bilo propisano da se postojanje presumptivne baze

(1.) Na temelju pravomoćne odluke kojom bi bilo utvrđeno njezino postojanje,⁶⁹ u kojem bi slučaju sud bio dužan – u granicama pravomoćnosti te odluke - *ex officio* uzeti da ona postoji. To znači da bi takva odluka na neoboriv način «dokazivala» postojanje te činjenice s obzirom na trenutak na koji bi se odnosila njezina pravomoćnost ili s obzirom na razdoblje za koji bi njome bilo utvrđeno da ona postoji ili ne postoji.⁷⁰ Takav bi «dokazni» učinak pravomoćna presuda imala onda kad bi upravo takvo njome utvrđeno postojanje «obične» činjenice prema presumpтивном pravilu tvorilo presumptivnu bazu za formiranje zaključka o postojanju presumirane činjenice. Analogno bi vrijedilo i za nagodbe koje su po svom učinku izjednačene sa sudskim odlukama, ali i za druge javne isprave koje bi snagom neoborive predmnjeve dokazivale «istinitost» svoga sadržaja. Utvrđenje o postojanju činjenice na temelju navedenih isprava u granicama u kojima se uz njih vežu neoborive predmnjeve imalo bi prednost pred svim drugim načinima njihova utvrđenja;

(2.) Primjenom pravila o općepoznatim činjenicama – onda kad bi bilo općepoznato da ona postoji. Sud bi u tom slučaju bio *ex officio* dužan uzeti da ta činjenica postoji onako kako bi to bilo općepoznato (*arg. ex* 221/4., 331.b/1.3., 332/1.4.), svakako ako se protivno ne bi utvrdilo na način naveden pod (1.), odnosno ako ne bi na neki drugi način bio doveden u pitanje stav da je riječ o općepoznatoj činjenici;

(3.) Na temelju priznanja,⁷¹ kad bi sud bio dužan uzeti da ona postoji, osim ako ne bi posumnjao da stranke time nastoje ostvariti neki nedopušteni rezultat (221/1., 2.), odnosno ako se protivno ne bi utvrdilo na neki od načina navedenih pod (1.) i (2.). Djelovanje presude snagom neoborive predmnjeve i notornost imalo bi prednost pred priznanjem;

(4.) Na temelju pravomoćne odluke kojom bi bilo utvrđeno njezino postojanje i to onda kada bi se uz takvu odluku nadovezivala predmnjeva da ono što je njome utvrđeno postoji i nakon trenutka na koji se odnosi pravomoćnost te odluke, osim ako se protivno ne bi utvrdilo na neki od načina navedenih pod (1.), (2.) i (3.) ili dokazivanjem (v. pod (5.)). Analogno bi vrijedilo i kad bi na postojanje «obične» činjenice upućivalo neko drugo presumptivno pravilo na temelju utvrđenja o postojanju odgovarajuće presumptivne baze. U tim bi slučajevima postojanje te

može utvrđivati samo primjenom neke od inače u načelu predviđenih metoda, npr. da se može dokazivati samo izvjesnim dokazima ili uz njihovo isključenje.

69 Značenje takve odluke imala bi, npr. odluka kojom bila utvrđena autentičnost neke isprave (187/1.).

70 U tom bi smislu utvrđenje da neka isprava nije autentična («istinita») (187/1.) imalo nevremensko, apsolutno značenje: činjenicama koje bi nastale nakon momenta na koji bi se odnosila pravomoćnost presude koja bi sadržavala takvo utvrđenje taj se nedostatak ne bi mogao otkloniti. Teško je, naime, zamisliti slučaj u kojemu bi se naknadno moglo dogoditi nešto zbog čega bi ta isprava postala autentična, osim ako presuda kojom bi njezina neautentičnost bila utvrđena ne bi naknadno bila ukinuta. Takvom «uskrsnuću» bi eventualno mogao pridonijeti propis koji bi to propisivao *pro futuro*, npr. neki propis o konvalidaciji.

71 Kad je riječ o priznanju činjenica kao metodi utvrđivanja presumptivne baze, među strankama ne bi moralo biti sporno da određena činjenica postoji kao takva – spor bi se mogao ticati ima li ona značenje presumptivne baze, tj. jesu li ispunjeni uvjeti da se na temelju nje zaključi o postojanju presumiranog objekta.

presumptivne baze moglo biti dovedeno u pitanje utvrđenjem protivnog na neki od načina navedenih pod (1.), (2.) i (3.) ili dokazivanjem, odnosno dovođenjem u sumnju na neki od tih načina da ona postoji na zahtijevanoj razini utvrđenosti;

(5.) Na temelju dokazivanja drugim dokaznim sredstvima, a ne onima navedenim pod (1.) i (4.), ako bi na taj način bila postignuta uvjerenost u postojanje «obične» činjenice na zahtijevanoj razini utvrđenosti. U tim bi slučajevima postojanje te presumptivne baze moglo biti dovedeno u pitanje utvrđenjem protivnog na neki od načina navedenih pod (1.), (2.) i (3.) ili dokazivanjem, odnosno dovođenjem u sumnju na neki od tih načina da ona postoji na zahtijevanoj razini utvrđenosti (protuutvrđenje, protudokaz).⁷²

Ako do uvjerenja o postojanju presumptivne baze na zahtijevanoj razini utvrđenosti ne bi mogao doći ni dokazivanjem, sud bi svoj stav o postojanju presumptivne baze bio dužan formirati primjenom pravila o teretu dokazivanja (221.a). Budući da bi redovito na stranci za koju bi zakonska predmnjeva bila povoljna bio teret utvrđivanja i time dokazivanja postojanja presumptivne baze, sud bi bio dužan zaključiti da ona ne postoji ako na neki od navedenih načina, dakle čak ni dokazivanjem, ne bi uspio utvrditi da ona postoji.

Protivnik bi mogao spriječiti utvrđivanje neke činjenice kao presumptivne baze, naprije, time što bi uvjerio sud da ona sama po sebi, dakle, čak i kad bi postojala, ne bi mogla imati to značenje, da bi s tog aspekta bila irelevantna.

Na protivniku u pravilu ne bi bio teret utvrđivanja (dokazivanja) da presumptivna baza ne postoji (teret utvrđivanja/dokazivanja protivnog), osim kad bi se predmnijevalo da ona postoji (v. *supra ad* (4.)). Zato bi, da bi se spriječilo formiranje zaključka o njezinom postojanju, redovito bilo dovoljno da dovede u pitanje zahtijevanu razinu njezine utvrđenosti, npr. time što bi pobudio razumnu sumnju u to da je ta razina postignuta na jedan od načina navedenih *supra* pod (2.) do (5.). U tom bi smislu u slučaju u kojemu bi bilo potrebno sa «sigurnošću» (*arg. ex* 221.a) utvrditi presumptivnu bazu, bilo dovoljno da se (između ostaloga i **protudokazom**)^{73, 74} dovede u pitanje ta sigurnost, da se, dakle, ta sigurnost svede na razinu vjerojatnosti ili mogućnosti.

2.3.3. Utvrđivanje i obaranje presumptivne baze kad ona ima značenje prava ili pravnog odnosa

Presumptivna baza koju bi tvorilo pravno stanje utvrđivala bi se prema pravilima, odnosno primjenom metoda po kojima bi sud u parničnom postupku rješavao prethodna pitanja, dakle izravnim ili posrednim utvrđenjem postojanja toga

72 Usp.: TRIVA, GPPP, 398. 399.

73 U doktrini koja problem utvrđivanja presumptivne baze reducira na problem njezina utvrđivanja dokazivanjem problem se dovođenja u pitanje njezina postojanja svodi na problem tzv. protudokaza - usp., npr.: TRIVA- DIKA, GPPP, 487.; FASCHING, ZPR, 457. Postojanje presumptivne baze na potrebnoj razini utvrđenosti moglo bi se, međutim, dovesti u pitanje i drugim metodama utvrđivanja činjenica.

74 U doktrini (TRIVA-DIKA, GPPP, 497.) se protudokaz definira kao dokazno sredstvo kojim se dokazuje da se rezultati postignuti izvođenjem glavnog dokaza ne mogu prihvatiti jer ne dopuštaju stvaranje izvjesnog suda. Protudokaz je uspješan već i kad se učini vjerojatnim tezu koja osporava rezultate glavnog dokaza.

stanja.

Sud bi **izravno** dolazio do zaključka o postojanju pravnog stanja koje bi imalo značenje presumpktivne baze:

(1.) Na temelju pravomoćne odluke kojom bi bilo utvrđeno postojanje toga stanja. On bi, naime, u tom slučaju bio dužan – u granicama pravomoćnosti te odluke - *ex officio* uzeti da ono postoji.⁷⁵ To znači da bi takva odluka na neoboriv način «dokazivala» postojanje toga stanja s obzirom na trenutak na koji bi se odnosila njezina pravomoćnost ili s obzirom na razdoblje za koji bi njome bilo utvrđeno da ono postoji. Takav bi «dokazni» učinak pravomoćna presuda imala onda kad bi upravo takvo njome utvrđeno postojanje pravnog stanja prema presumptivnom pravilu tvorilo presumptivnu bazu za formiranje zaključka o postojanju presumirane činjenice. Analogno bi vrijedilo i za nagodbe koje su po svom učinku izjednačene sa sudskim odlukama, ali i za druge javne isprave koje bi snagom neoborive predmnjeve dokazivale «istinitost» svoga sadržaja. Utvrđenje o postojanju pravnog stanja na temelju navedenih isprava u granicama u kojima djeluju kao neoborive predmnjeve imalo bi prednost pred svim drugim načinima njihova utvrđenja;

(2.) Primjenom pravila o općepoznatim činjenicama – onda kad bi bilo notorno da pravno stanje postoji. Sud bi u tom slučaju bio *ex officio* dužan uzeti da ono postoji onako kako bi to bilo općepoznato (*arg. ex 221/4., 331.b/1.3., 332/1.4.*), svakako ako se protivno ne bi utvrdilo na način naveden pod (1.), odnosno ako ne bi na neki drugi način bio doveden u pitanje stav da je riječ o nečemu što je općepoznato;

(3.) Na temelju priznanja. U tom bi slučaju sud bio dužan uzeti da pravno stanje postoji, osim ako ne bi posumnjao da stranke time nastoje ostvariti neki nedopušteni rezultat (221/1., 2.), odnosno ako se protivno ne bi utvrdilo na neki od načina navedenih pod (1.) i (2.). Djelovanje presude snagom neoborive predmnjeve i notornost imali bi prednost pred priznanjem;

(4.) Na temelju pravomoćne odluke kojom bi bilo utvrđeno postojanje pravnog stanja, i to onda kada bi se uz takvu odluku nadovezivala predmnjeva da ono što je njome utvrđeno postoji i nakon trenutka na koji se odnosi njezina pravomoćnost, osim ako se protivno ne bi utvrdilo na neki od načina navedenih pod (1.), (2.) i (3.) ili dokazivanjem (v. pod (5.)). Analogno bi vrijedilo i kad bi na postojanje pravnog stanja upućivalo neko drugo presumptivno pravilo na temelju utvrđenja o postojanju odgovarajuće presumptivne baze. U tim bi slučajevima postojanje te presumptivne baze moglo biti dovedeno u pitanje utvrđenjem protivnog na neki od načina navedenih pod (1.), (2.) i (3.) ili dokazivanjem, odnosno dovođenjem, na neki od tih načina, u sumnju da ona postoji na zahtijevanoj razini utvrđenosti.

Sud bi **posredno** dolazio do zaključka o postojanju pravnog stanja koje bi imalo značenje presumptivne baze u slučajevima u kojima se ono ne bi moglo izravno utvrditi na jedan od načina navedenih *supra ad* (1.) do (4.). U tim bi slučajevima,

75 U tom bi smislu presuda kojom bi bilo utvrđeno da je neka osoba bila član nekog trgovačkog društva u određenom razdoblju na neoboriv način «dokazivala» između subjekta između kojih bi djelovala postojanje toga svojstva (statusa) u tom periodu. Takvo bi utvrđenje moglo biti od važnosti radi utvrđenja je li ona u određenom momentu ili u određenom razdoblju bila «bliska osoba» stečajnom dužniku i može li se zbog toga predmnijevati da je znala da se određenom radnjom oštećuju vjerovnici (*arg. ex 131/3. SZ*).

naime, on do zaključka o postojanju tog stanja dolazio na temelju utvrđenja da postoje činjenice o čijem bi postojanju prema mjerodavnoj pravnoj normi ovisilo njegovo postojanje. Pritom bi sud te činjenice trebao utvrditi na jedan od načina navedenih *supra ad* 2.3.2., odnosno, ako bi i one imale značenje pravnog stanja, na jedan od načina na koji bi se utvrđivalo postojanje pravnog stanja koje bi imalo značenje presumptivne baze.

Ako do uvjerenja o postojanju presumptivne baze na zahtijevanoj razini utvrđenosti ne bi mogao doći ni izravno niti posredno, sud bi svoj stav o postojanju pravnog stanja kao presumptivne baze bio dužan formirati primjenom pravila o teretu utvrđivanja. Pritom, budući da bi redovito na stranci za koju bi zakonska predmnjeva bila povoljna bio teret utvrđivanja i time dokazivanja postojanja pravnog stanja kao presumptivne baze, sud bi bio dužan zaključiti da to stanje, a time i ta baza ne postoje.

Protivnik bi mogao spriječiti utvrđivanje nekog pravnog stanja kao presumptivne baze, i time što bi uvjerio sud da ono sama po sebi, dakle, čak i kad bi postojalo, ne bi mogla imati značenje takve baze, da bi s tog aspekta bila irelevantno.

Na protivniku u pravilu ne bi bio teret utvrđivanja (dokazivanja) da pravno stanje kao presumptivna baza ne postoji (teret utvrđivanja/dokazivanja protivnog), osim kad bi se predmnijevalo da ono postoji (v. *supra ad* (4.)). Zato bi, da bi se spriječilo formiranje zaključka o postojanju toga stanja, redovito bilo dovoljno da dovede u pitanje zahtijevanu razinu njegove utvrđenosti, npr. time što bi pobudio razumnu sumnju u to da je ta razina postignuta na jedan od navedenih načina izravnog ili posrednog utvrđivanja ove kategorije presumptivne baze (v. *supra ad* (2.) do (5.)). U tom bi smislu u slučaju u kojemu bi bilo potrebno sa «sigurnošću» (*arg. ex* 221.a) utvrditi presumptivnu bazu, bilo dovoljno da se dovede u pitanje ta sigurnost, da se, dakle, razina utvrđenosti svede na vjerojatnost ili puku mogućnost njezina postojanja, npr. protudokazom.

3. PRESUMIRANI OBJEKT

3.1. Općenito

Polazeći od toga da presumirani objekt mogu biti neposredno (ili neposrednije) relevantne «obične» činjenice te konkretna prava ili pravni odnosi, u doktrini se razlikuje tzv. predmnjeva o činjenicama i predmnjeva o pravu (v. *supra ad* II.). To razlikovanje, međutim, nema samo puko teorijsko značenje. Razlike u presumiranim objektima kod navedenih dviju kategorija predmnjeva uvjetovale su i razlike u načinima utvrđivanja i osporavanja postojanja tih objekata.

Analogno kao i kad se utvrđuje presumptivna baza i kad je riječ o utvrđivanju presumiranog objekta javlja se najprije pitanje tereta tvrđenja, tj. treba li onaj za koga je predmnjeva povoljna ustvrditi postojanje ne samo presumptivne baze (v. *supra ad* 2.2.), već i presumiranog objekta (v. *infra ad* 3.2.). Naredna pitanja koje se nameću u vezi s utvrđivanjem presumiranog objekta tiču se zapravo načina formiranja zaključka o njegovu postojanju te mogućnosti i načina dovođenja u pitanje toga zaključka i s time povezanog problema tereta utvrđivanja (dokazivanja) protivnog. Upravo zbog

posebnosti koje se javljaju pri rješavanju navedenih pitanja u vezi s činjeničnim i pravnim predmnjevama, bit će ih potrebno odvojeno razmotriti za svaku od tih kategorija (v. *infra ad* 3.3.).

3.2. Teret tvrđenja postojanja presumiranog objekta

U doktrini je sporno bi li onaj u čiju korist ide presumptivno pravilo trebao ustvrditi i postojanje presumirane činjenice, odnosno pravnog stanja da bi sud na temelju utvrđenja o postojanju presumptivne baze smio formirati zaključak o postojanju presumiranog objekta. Prema stajalištu jednih, to ne bi bilo potrebno. Stranka za koju bi predmnjeva bila povoljna ne bi trebala ustvrditi niti dokazati postojanje presumirane činjenice (pravnog stanja), već bi bilo dovoljno da ustvrdi i dokaže postojanje presumptivne baze. Ako bi u tomu uspjela, sudac bi bio dužan po službenoj dužnosti u primjeni prava predmnijevanu činjenicu uzeti kao osnovu svoje odluke, i to bez dokazivanja.⁷⁶ Prema mišljenju drugih, na stranci za koju bi predmnjeva bila povoljna bio bi samo teret tvrđenja, ali ne i dokazivanja presumirane činjenice.⁷⁷

Pri zauzimanju stava o tomu treba li sud *ex officio* uzeti da postoji presumirani objekt zato što je utvrdio postojanje presumptivne baze čak i kad stranka za koju bi to bilo povoljno ne bi ustvrdila da on postoji, dakle kad se nije pozvala na zakonsku predmnjevu, trebalo bi uzeti u obzir:

(1.) Pravilo po kojemu sud u parničnom postupku smije utvrditi činjenice koje stranke nisu iznijele samo ako posumnja da stranke idu za tim da raspoložu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati (3/3.), ako zakonom nije drukčije određeno (7/2.). Iz ovog bi pravila proizlazilo da sud u pravilu ne bi bio ovlašten utvrđivati činjenice (uključujući i pravna stanja kad se javljaju u specifičnoj činjeničnoj funkciji) koje stranke nisu iznijele, osim ako ne bi posumnjao da time nastoje raspolagati zahtjevima kojima ne mogu raspolagati, dakle, zaključak da se hrvatsko parnično pravo opredijelilo za **raspravno načelo** kao određujuće kad je u pitanju prikupljanje činjenica kao elementa procesnog materijala. Pritom, nepozivanje na presumirani objekt, osobito ako bi bila riječ o oborivim predmnjevama, ne bi trebalo smatrati razlogom zbog kojega bi uvijek trebalo posumnjati u to da stranke time nastoje postići zabranjeni rezultat (3/3.). Bili bi, naime, mogući i slučajevi u kojima bi stranka kod oborivih predmnjeva znala da postoji protivno i da bi zapravo bilo nemoralno pozivati se na to da ima mjesta primjeni presumptivnog pravila. Dakle, ocjena o tomu ima li neiznošenje tvrdnji o postojanju presumiranih objekata onda kad bi bilo ustvrđeno i/ili utvrđeno postojanje presumptivne baze značenje postupanja protivnog prisilnim propisima ili javnom moralu ovisila bi o okolnostima konkretnog slučaja;

(2.) Pravilo po kojemu sud ne može svoju odluku utemeljiti na činjenicama o kojima strankama nije dana mogućnost da se izjasne (7/3.). Prema ovom pravilu sud bi, ako ne bi bio na siguran je li stranka koja je iznijela tvrdnju o postojanju

76 ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 630. Gotovo doslovno podudarno i JUHART, CPP, 353. V. § 42, bilj. 541.

77 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutung, cit., 206., RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 406.

presumptivne baze ustvrdila i postojanje presumiranog objekta, odnosno ako bi htio uzeti po službenoj dužnosti u obzir presumirani objekt u suđenju, trebao bi strankama, postupajući u skladu s načelom otvorenog pravosuđenja (11/1., 219/2., 288.a), ne samo omogućiti da se o tome izjasne, već ih i na to navesti;

(3.) Pravilo po kojemu činjenice čije postojanje zakon pretpostavlja ne treba dokazivati, ali da se može dokazivati da one ne postoje, ako zakonom nije što drugo određeno (221/3.). Iz ove bi odredbe bilo moguće izvesti dva različita stava o njezinom značenju. Prvi, po kojemu bi sud, čim bi utvrdio postojanje presumptivne baze, bio dužan uzeti u obzir presumirani objekt, da bi se on smatrao postojećim (utvrđenim), da bi sud bio dužan tako postupiti neovisno o tomu bi li tvrdnja o njegovu postojanju bila iznesena. Izraz «ne treba dokazivati» u ovoj bi odredbi značio da ono što zakon pretpostavlja treba kao takvo uzeti u obzir iako njegovo postojanje ne bi bilo ustvrđeno i da ga zato ne bi trebalo dokazivati; da bi odredba članka 221. stavka 3. ZPP-a bila jedan od izuzetaka na koji se aludira u članku 7. stavku 3. ZPP-a (v. *supra ad* (1)). Drugi, da bi, dovodeći je u sklad s određujućim raspravnim načelom (*arg. ex 7/3.*), odredbu članka 221. stavka 3. ZPP trebalo protumačiti u smislu da ono što zakon pretpostavlja ne bi trebalo utvrđivati (dokazivati) i da bi trebalo uzeti da je utvrđeno samo onda kad bi strane iznijele tvrdnju o njegovu postojanju; da ni ovdje ne bi bilo razloga za odstupanje od raspravnog načela. U prilog ovom stavu mogla bi se iznijeti i okolnost da sud zapravo ne bi ni smio utvrđivati presumptivnu bazu kao samu po sebi irelevantnu činjenicu unatoč tomu što bi njezino postojanje bilo ustvrđeno (*arg. ex 220/1.*),⁷⁸ dakle, činjenicu koja bi svoju posrednu (relativnu) relevantnost stjecala tek ako bi se dovela u vezu s presumiranom činjenicom;

(4.) Pravilo po kome ne treba dokazivati činjenice koje su općepoznate (221/4.). Ovo pravilo samo po sebi ne utvrđuje po ničemu drukčiji režim za općepoznate činjenice od onoga koji je prema članku 221. stavku 3. ZPP-a predviđen za presumirane činjenice. Ono, međutim, dobiva posebno značenje tek u vezi s odredbama članaka 331.b stavka 1. točke 3. i članka 332. stavka 1. točke 4., prema kojima sud neće donijeti presudu zbog ogluhe, odnosno izostanka ako su činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev u protivnosti (između ostaloga i) s općepoznatim činjenicama. Iz tih se odredbi naime može izvesti zaključak da bi sud općepoznate činjenice uzimao u obzir po službenoj dužnosti, dakle i kad se stranke na njih nisu pozvale. Stoga bi upravo okolnost da posebno značenje općepoznatih činjenica, poseban inkvizitorni režim koji je za njih predviđen proizlazi iz odredaba koje nisu mjerodavne i za presumirane činjenice, mogla biti argument u prilog stavu da sud ne bi trebao uzeti u obzir presumirani objekt ako tvrdnja o njemu ne bi bila iznesena tijekom postupka, neovisno o tomu što je utvrdio postojanje presumptivne baze.

Uzimajući u obzir navedene odredbe i njihovu interpretaciju, trebalo bi se opredijeliti za stav da sud u načelu **ne** bi bio ovlašten uzeti u obzir po službenoj dužnosti presumirani objekt ako tvrdnja o njegovu postojanju ne bi bila iznesena tijekom postupka, neovisno o tomu što bi utvrdio postojanje činjenice i/ili pravnog stanja koji mogu imati značenje presumptivne baze za formiranje zaključka o

⁷⁸ Prema odredbi članka 220. stavka 1. ZPP, dokazivanje obuhvaća sve činjenice koje su važne za donošenje odluke.

postojanju tog objekta, npr. povodom utvrđivanja nekih drugih činjenica.

Stranka u čiju bi korist išla zakonska predmnjeva i koja bi ustvrdila postojanje presumptivne baze i s njome povezanog presumiranog objekta, ne bi se pritom morala (eksplicitno) pozvati na postojanje presumptivnog pravila (*iura novit curia*).

O teretu utvrđivanja presumptivne baze v. *infra ad 4*.

Na stranci u čiju bi korist išlo utvrđivanje presumiranog objekta primjenom presumptivnog pravila bio bi u pravilu teret tvrđenja presumptivne baze i presumiranog objekta, ali ne i teret (izravnog) utvrđivanja (dokazivanja) presumiranog objekta. On bi se smatrao utvrđenim samim time što bi se utvrdilo postojanje presumptivne baze. Na protivniku bi kod oborivih predmnjeva bio u pravilu teret utvrđivanja (dokazivanja) da - unatoč tomu što postoji presumptivna baza - ipak ne postoji presumirani objekt (v. *infra ad 3.3.3.*).

3.3. Utvrđivanje presumiranog objekta i obaranje zaključka o njegovu postojanju

3.3.1. Uvod

Zastupnici stava da se zakonske predmnjeve tiču samo činjenica, dakle, oni koji ne razlikuju predmnjeve o činjenicama i predmnjeve o pravu (v. *supra ad I.*), smatraju da pravila o tim predmnjevama olakšavaju dokazivanje. Umjesto da stranka koja se poziva na neku pravno relevantnu činjenicu (čije je postojanje redovito teško dokazati) neposredno dokazuje istinitost svoje tvrdnje o postojanju te činjenice, ona treba dokazati, zahvaljujući pravilu o zakonskoj presumpciji, samo istinitost tvrdnje o postojanju neke dalje, posredno relevantne činjenice – osnove (baze) presumpcije uz čije postojanje zakon nameće zaključak o postojanju i one neposredno relevantne činjenice.⁷⁹ Pritom bi, prema jednima, teret dokazivanja presumirane činjenice i kod oborivih i neoborivih presumpcija ležao na stranci koja se na nju poziva, samo što ona ne bi bila dužna dokazivati istinitost svoje tvrdnje o postojanju te činjenice, već istinitost tvrdnje o postojanju presumptivne baze. Pravila o zakonskim presumpcijama određivala bi predmet dokazivanja i premještala ispitivanje s činjenice koja je neposredno relevantna na posredno relevantnu činjenicu. U tom bi smislu (premještajući teret dokazivanja s jednog objekta na drugi) olakšavala teret dokazivanja koji leži na stranci kojoj idu u prilog.⁸⁰ Prema drugima bi, međutim, zakonska presumpcija prebacivala teret dokazivanja s pretpostavljene činjenice na presumptivnu bazu i time olakšavala dokazivanje stranci kojoj presumpcija ide u prilog. Zbog toga bi kod oborivih presumpcija na protivnoj stranci bio teret dokazivanja da pretpostavljena činjenica ne postoji dokazivanjem protivnog.⁸¹

Autori koji razlikuju između predmnjeva o činjenicama i predmnjeva o pravnom stanju smatraju da dolazi do prebacivanja teme dokazivanja (njem. *Beweisthema*) s pravno relevantne činjenice (kad su u pitanju predmnjeve o pravnom stanju s pravno

79 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 487. Slično POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 243., 244.

80 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 487.

81 POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 243., 244.

relevantnih činjenica o čijem postojanju izravno ovisi postojanje presumiranog pravnog stanja) koju (koje) je izvorno trebalo dokazivati na presumptivnu bazu te da tek kad presumptivna baza bude dokazana dolazi do prebacivanja tereta dokazivanja na protivnika da postoji protivno onome na što upućuje presumptivno pravilo, dakle da ne postoji presumirana činjenica, odnosno presumirano pravno stanje.⁸²

Izloženi doktrinarni stavovi polaze od toga da se kod zakonskih predmnjeva javlja samo problem predmeta i tereta dokazivanja. Međutim, problem je predmeta i tereta dokazivanja zapravo element širega problema predmeta i tereta utvrđivanja. Postoje, naime, što se ovdje opetovano pokušalo objasniti, metode utvrđivanja činjenica čija primjena isključuje potrebu da se one utvrđuju dokazivanjem, odnosno primjena kojih omogućuje da se o postojanju činjenica zaključi i kad se do toga nije uspjelo doći dokazivanjem. Upravo bi stoga problem utvrđivanja činjenica primjenom presumptivnih pravila trebalo primarno razmatrati kao **problem predmeta i tereta utvrđivanja** i tek u okviru tog problema i kao problem **predmeta i tereta dokazivanja** koji bi se javljao onda kad bi se do zaključka o postojanju presumptivne baze, odnosno kad bi se, kod oborivih predmnjeva, do zaključka o postojanju protivnog dolazilo dokazivanjem.

Analizu problema predmeta i tereta utvrđivanja (i dokazivanja) primjenom presumptivnih pravila trebalo bi provesti odvojeno za tzv. predmnjeve o činjenicama i za tzv. predmnjeve o pravnom stanju.

3.3.2. Predmnjeve o činjenicama

Da bi mogao donijeti određenu odluku, sud treba utvrditi da postoje pravnom normom predviđene pravno relevantne činjenice. Svoj zaključak o postojanju tih činjenica može formirati na različite načine: (1.) na temelju pravomoćnih odluka i s njima po učinku izjednačenih javnih isprava - u granicama u kojima bi se uz te odluke vezala neoboriva predmnjeva o njihovu postojanju (v. *supra ad III/3.*), (2.) primjenom pravila o općepoznatim činjenicama (221/4.), (3.) primjenom presumptivnih pravila (221/3.) i (4.) pravila o priznanju činjenica (221/1., 2.), (5.) dokazivanjem korištenjem drugih dokaznih sredstava pored onih navedenih pod (1.) te (6.) primjenom pravila o teretu dokazivanja (221.a, v. *infra ad X.*)⁸³

Neposredno relevantna činjenica predmet je, dakle, utvrđivanja i kad se zaključak o njezinom postojanju formira primjenom presumptivnih pravila. Posebnost je toga utvrđivanja u tomu što sud do svog zaključka o njezinom postojanju može doći tek ako utvrdi da postoji presumptivna baza. U tom bi se slučaju teret utvrđivanja (uključujući i, kad tome ima mjesta, teret dokazivanja) proširivao na specifičan način i na presumptivnu bazu. Utvrđenjem te baze uvjetovalo bi se utvrđenje neposredno relevantne činjenice primjenom presumptivnog pravila, a ako se postojanje presumptivne baze ne bi uspjelo utvrditi, ako se glede toga ne bi postigla zahtijevana mjera utvrđenosti, sud bi svoj stav o njezinom postojanju bio dužan formirati primjenom pravila o teretu dokazivanja (221.a), stav kojim bi bio uvjetovan i njegov

82 U tom smislu u bitnome JUHART, CPP, 353., FASCHING, ZPR, 456., 457., RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 406., 407, ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 630., 631.

83 Ovdje se apstrahira od pravila o utvrđivanju činjenica po slobodnoj ocjeni (223/1.).

stav o postojanju presumirane činjenice. U tom se smislu može govoriti i o proširenju predmeta i tereta utvrđivanja kad se činjenice utvrđuju primjenom presumptivnih pravila, a kad se presumptivna baza utvrđuje dokazivanjem, o promjeni predmeta dokazivanja. Umjesto da se presumirana činjenica izravno utvrđuje dokazivanjem, dokazivanjem se utvrđuje presumptivna baza.

Budući da bi u pravilu na stranci za koju bi zakonska predmnjeva bila povoljna bio teret utvrđivanja presumptivne baze, ona bi snosila štetne posljedice neuspjeha da se o njezinom postojanju formira zaključak na zahtijevanoj razini utvrđenosti. Protivnik bi mogao na različite načine pokušati spriječiti da se postigne ta razina utvrđenosti, pa i upućivanjem na neke općepoznate, presumirane ili priznate činjenice koje bi je svojim postojanjem (izravno ili indicijski) mogle dovesti u pitanje. On bi to svakako mogao postići i predlaganjem, tzv. **protudokaza**, dokaza kojima bi se utvrdilo da presumptivne baze nema ili kojima bi se dovela u pitanje zahtijevana razina utvrđenosti njezina postojanja (v. *supra ad 2.*).

Ako bi utvrdio da postoji presumptivna baza, sud bi bio dužan primjenom presumptivnog pravila zaključiti da postoji presumirana činjenica. U tom bi slučaju kod oborivih predmnjeva protivnik mogao dovesti u pitanje pravilnost (istinitost) toga zaključka ako bi uvjerio sud da - unatoč postojanju presumptivne baze - ne postoji presumirana činjenica (utvrđenje protivnog). Na njemu bi pritom (u pravilu) bio teret utvrđivanja protivnog. Sam zaključak o postojanju protivnog sud bi mogao formirati na temelju pravomoćne presude kojom bi ono bilo utvrđeno, primjenom pravila o općepoznatim činjenicama, primjenom presumptivnih pravila, primjenom pravila o priznanju činjenica i svakako (u pravilu) dokazivanjem.

Budući da bi na njemu bio teret utvrđivanja (dokazivanja) protivnog, ako se postojanje protivnog ne bi utvrdilo na zahtijevanoj razini utvrđenosti, moralo bi se zaključiti da ono ne postoji.

Presumptivna bi pravila mogla kod oborivih činjeničnih predmnjeva predvidjeti ograničenja u pogledu metoda čijom bi se primjenom moglo utvrditi protivno. Tako bi mogla biti isključena neka dokazna sredstva, itd.

3.3.3. Predmnjeve o pravu

Da bi utvrdio postojanje određenog prava ili pravnog odnosa (pravnog stanja), sud bi u pravilu trebao utvrditi postojanje onih pravno relevantnih činjenica kojima mjerodavna pravna norma uvjetuje njihov nastanak, promjenu ili prestanak. Iznimke bi od tog pravila postojale, najprije, ako bi sud mogao **izravno**, ne utvrđujući posebno te činjenice, formirati zaključak o postojanju nekog pravnog stanja. On bi takav zaključak mogao formirati: (1.) na temelju pravomoćne odluke (i s njome po učinku izjednačene javne isprve) kojom bi to stanje bilo utvrđeno, u granicama u kojima bi ona djelovala kao neoboriva predmnjeva (12.), (2.) kad bi njegovo postojanje bilo općepoznato (221/4.) te (3.) kad bi ono bilo priznato (221/1., 2.). Iznimka bi od tog pravila, zatim, postojala i ako bi sud pravno stanje mogao utvrditi primjenom presumptivnog pravila. Da bi do toga došlo, bilo bi potrebno utvrditi postojanje presumptivne baze, na temelju kojega bi se, primjenom presumptivne norme, formirala predmnjeva o postojanju toga stanja.

Pravno bi stanje, dakle, i u navedenim slučajevima u kojima bi se odstupalo od pravila da je za njegovo utvrđenje potrebno utvrditi činjenice o kojima bi prema mjerodavnoj pravnoj normi ovisilo njegovo postojanje bilo predmet utvrđivanja i u tim bi slučajevima na onome za koga bi ono bilo povoljno bio teret utvrđivanja. Pritom se u prva tri navedena slučaja problem tereta utvrđivanja pravnoga stanja zapravo ne bi ni postavljao – u tim bi slučajevima bila riječ o načinima utvrđivanja postojanja pravnog stanja kojima bi se ono izravno utvrđivalo na zahtijevanoj razini utvrđenosti. Taj bi problem dobivao na važnosti tek kad bi se zaključak o postojanju pravnog stanja formirao primjenom presumptivnog pravila. U tom bi slučaju primarni (iako pomoćni) predmet utvrđivanja bila presumptivna baza i u odnosu na nju bi na onome za koga bi presumptivno utvrđenje pravnog stanja bilo povoljno bio teret utvrđivanja (dokazivanja). Ako se presumptivna baza ne bi utvrdila na zahtijevanoj razini utvrđenosti, sud bi o njezinom postojanju formirao zaključak primjenom pravila o teretu utvrđivanja (dokazivanja). Ako bi sud primjenom tih pravila zaključio da nema presumptivne baze, pravno bi stanje trebalo utvrditi na temelju činjenica o kojima bi prema mjerodavnoj pravnoj normi neposredno ovisilo njegovo postojanje. Ako se ono ni tako ne bi moglo utvrditi, moralo bi se zaključiti da ga nema.

I kod pravnih bi predmnjeva protivnik mogao dovesti u pitanje utvrđenje o postojanju presumptivne baze i time otkloniti mogućnost formiranja zaključka o postojanju pravnog stanja kao i kod činjeničnih predmnjeva (v. *supra ad* 3.3.2.). Tako bi protivnik mogao pokušati spriječiti da se postigne ta razina utvrđenosti, pa i upućivanjem na neke općepoznate, presumirane ili priznate činjenice koje bi je svojim postojanjem (izravno ili indicijski) mogle dovesti u pitanje. On bi to svakako mogao postići i predlaganjem, tzv. **protudokaza**, dokaza kojima bi se utvrdilo da presumptivne baze nema ili kojima bi se dovela u pitanje zahtijevana razina utvrđenosti njezina postojanja.

Ako bi se utvrdilo postojanje presumptivne baze i ako bi se na temelju nje mogao formirati zaključak o postojanju pravnog stanja, protivnik bi, ako bi bila riječ o oborivoj predmnjevi, mogao, najprije, pokušati uvjeriti sud u postojanje protivnog korištenjem metoda kojima bi se **izravno** utvrdilo da pravno stanje nije ni nastalo, ili da je prestalo postojati, ili da se promijenilo. On bi se pritom mogao poslužiti pravomoćnom odlukom kojom bi to (naknadno) bilo utvrđeno ili se pozvati na to da je protivno (naknadno postalo) općepoznato. Zaključak bi o protivnom bio moguć i ako bi stranka u čiju bi korist išla predmnjeva (naknadno) priznala protivno. Protivnik bi, zatim, mogao pokušati uvjeriti sud u protivno i iznošenjem tvrdnje da postoje (da su naknadno nastale) činjenice uz koje određeno presumptivno pravilo veže predmnjevu o prestanku ili promjeni predmnijevanog pravnog stanja. U tom bi slučaju na protivniku bio teret utvrđivanja protivnog pravnog stanja.⁸⁴ Ako se pritom postojanje protivnog ne bi, primjenom jedne od navedenih metoda, uspjelo izravno utvrditi na zahtijevanoj razini utvrđenosti, protivnik bi kod oborivih predmnjeva mogao ishoditi utvrđenje protivnog time što bi uvjerio sud na potrebnoj razini utvrđenosti da ne postoje činjenice o čijem bi postojanju prema mjerodavnoj normi ovisio nastanak pravnog stanja, odnosno da postoje činjenice koje bi prema

84 O koliziji predmnjeva v. *infra ad* 6.

toj normi dovele do njegova prestanka ili promjene. On bi zapravo trebao uvjeriti sud da postojeće činjenično stanje ne opravdava zaključak o postojanju presumiranog pravnog stanja.⁸⁵ Do takvog bi se rezultata moglo doći primjenom bilo koje od metoda utvrđivanja činjenica, u pravilu dokazivanjem. Teret bi utvrđivanja (dokazivanja) nepostojanja/postojanja odnosnih činjenica u pravilu bio na protivniku. Pritom, ako bi se do zaključka o postojanju presumiranog pravnog stanja moglo doći na temelju različitih činjeničnih osnova primjenom različitih mjerodavnih normi, na protivniku bi bio teret utvrđivanja da ni po jednoj od tih osnova presumirano pravno stanje nije nastalo, odnosno da više ne postoji.

Presumptivna bi pravila mogla kod oborivih predmnjeva predvidjeti ograničenja u pogledu metoda primjenom kojih bi se moglo utvrditi protivno. Tako bi mogla biti isključena neka dokazna sredstva itd.

3.3.4. Postupovna operacionalizacija utvrđivanja protivnog

Obaranje svih oborivih predmnjeva nije uvijek moguće obaviti istim procesnopravnim sredstvima. U pravilu će to biti moguće tvrdjenjem i utvrđenjem protivnog u postupku u kojemu se pozvalo na predmnjevu. U tom bi se smislu predmnjeva da je bliskoj osobi koja je sa stečajnim dužnikom sklopila naplatni ugovor (presumptivna baza) bila poznata ili morala biti poznata namjera dužnika da ošteti vjerovnike (presumirana činjenica) mogla u pobojoj parnici oboriti ako bi se utvrdilo (dokazalo) da toj osobi u vrijeme sklapanja ugovora nije bila poznata niti joj je morala biti poznata namjera dužnika da ošteti vjerovnike (130/3. SZ). U nekim je, međutim, slučajevima, da bi se to obaranje postiglo, potrebno pokrenuti poseban sudski ili drugi postupak u kojemu bi se utvrdilo (konstituiralo) protivno onome na što upućuje pravilo o oborivoj zakonskoj predmnjevi. To će u pravilu vrijediti za predmnjeve o postojanju nekog prava ili pravnog odnosa (pravnog stanja). U tom se smislu predmnjeva o tomu da je muž majke otac djeteta može obarati samo u posebnoj parnici za osporavanje očinstva (75.-84. ObZ).

4. «KUMULACIJA» PREDMNJEVA

U nekim slučajevima presumptivna pravila uz utvrđenje o postojanju iste presumptivne baze vežu zaključak o postojanju dviju ili više predmnjeva. Tako se, npr., na temelju presumptivnog pravila da je muž majke otac djeteta rođenog tijekom braka (54. ObZ)⁸⁶ i utvrđenja da je dijete rođeno tijekom braka između njegove majke i određene osobe (presumptivna baza) izvode zapravo dvije predmnjeve: (1.) predmnjeva o činjenici da je muž majke biološki otac djeteta i (2.) predmnjeva o

85 Usp. ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 631. BRUNS, ZPR, 241., s time u vezi ističe da bi u slučaju u kojemu bi posjednik (u čiju bi korist išla predmnjeva o vlasništvu) tvrdio da je vlasništvo stekao pravnim poslom, nasljeđivanjem i dosjelošću, protivnik uspio s protudokazom (njem. *Gegenbeweis*) kad bi dokazao da je pravni posao ništav, da ostavitelj nije bio vlasnik, da dosjelošt nije dovršena.

86 Pravno pravilo o tome da je muž majke otac djeteta temelji se na pravilu iskustva da je tome (još uvijek) redovito tako i u svakodnevnom životu.

pravu da između djeteta i muža majke postoji pravni odnos roditelja i djeteta. Stav da bi se ovdje presumiralo (i) biološko očinstvo djeteta, a ne samo postojanje pravnog odnosa oca i djeteta proizlazio bi iz pravila o osporavanju takvog presumiranog očinstva, po kojima se, naime, predmnjeva da je muž majke otac djeteta može oboriti dokazivanjem (utvrđenjem) protivnog – utvrđenjem da biološkog očinstva nema, a time ni pravnog.⁸⁷

5. «VREMENSKE GRANICE» DJELOVANJA PREDMNJEVA

Zaključak o postojanju presumiranog objekta primjenom presumptivnih pravila na utvrđenje o postojanju presumptivne baze može biti uvjetovan «vremenskim granicama» presumptivne baze. Naime, presumptivna baza kao niža («činjenična») premisa toga zaključka može nastati, odnosno postojati u određenom vremenskom trenutku, dok u drugome može doći do njezine promjene, odnosno prestanka postojanja. Upravo će zbog toga pri ocjeni o tomu postoji li presumirani objekt jer je utvrđeno da postoji određena presumptivna baza biti potrebno voditi računa o kakvom je presumiranom objektu riječ, odnosno o kakvoj se presumptivnoj bazi radi.

U slučajevima u kojima je riječ o presumiranim objektima za koje je dovoljno da su nastali u određenom trenutku u prošlosti i na čije postojanje ne utječe naknadni razvitak odnosa među strankama, zaključak će se o njima uvijek iznova moći formirati na temelju iste presumptivne baze definirane u prošlosti. Tako se, npr. činjenica da je određena osoba biološki otac nekog djeteta i pravni odnos utemeljen na toj činjenici ne bi mogli sami po sebi izmijeniti nečim što bi se moglo naknadno dogoditi.⁸⁸ Upravo će se stoga zaključak o postojanju tih presumiranih objekata (biološkog očinstva i pravnog odnosa oca i djeteta) moći uvijek iznova formirati na temelju iste presumptivne baze: na temelju okolnosti da je dijete rođeno tijekom braka između njegove majke i te osobe, okolnostima koje su u svom postojanju definirane onim što se dogodilo u prošlosti i na čije postojanje i relevantnost naknadni razvitak odnosa ne može utjecati. Bit će, doduše, potrebno, uvijek iznova, u pojedinim slučajevima kad se otvori pitanje očinstva utvrđivati te okolnosti (presumptivnu bazu) da bi se mogao formirati zaključak o postojanju presumiranog objekta (što redovito neće biti osobito teško), osim ako pravomoćnom presudom pitanje očinstva ne bi bilo «definitivno» riješeno – pravomoćnim odbijanjem ili prihvaćanjem zahtjeva za osporavanje očinstva.⁸⁹ U navedenom se primjeru okolnosti koje tvore presumptivnu bazu (okolnost da je brak zaključen i okolnost da je dijete rođeno u tom braku) ne mogu mijenjati u budućnosti. One se mogu samo različito utvrditi i ovisno o tomu mogu se

87 FASCHING, ZPR, 456., s aspekta austrijskog prava ističe da je sporno je li kod predmnjeve očinstva riječ o predmnjevi o činjenici ili o pravu, opredjeljujući se za stav da bi se tu radilo o predmnjevi o pravu. Taj je stav utemeljen na (pogrešnoj) polaznoj premisi da bi bilo nužno opredijeliti se za jednu od dviju mogućnosti, da njihova kumulacija ne bi bila moguća.

88 Ovdje se apstrahira od mogućnosti da se pravni odnos oca i djeteta naknadno prekine posvojenjem djeteta.

89 U tom će slučaju pravomoćna presuda svojom jačom presumptivnom snagom nadomjestiti predmnjevu koja se formirala na temelju utvrđenja okolnosti da je dijete rođeno za vrijeme trajanja braka između njegove majke i određene osobe.

formirati različiti zaključci o postojanju presumptivne baze, pa time i o postojanju presumiranog objekta.

U nekim drugim slučajevima postojanje određenog presumiranog objekta, samog po sebi, može biti podložno promjenama. On, između ostaloga, može i prestati postojati. U takvim slučajevima presumptivni zaključak o njegovom postojanju može biti uvjetovan postojanjem presumptivne baze koju bi tvorilo ono što se dogodilo u prošlosti i što se samo po sebi ne bi moglo mijenjati, ali i postojanjem presumptivne baze koju bi tvorilo ono što bi se moglo mijenjati u vremenu, zbog čega bi te promjene utjecale i na formiranje toga zaključka.

Kao primjer slučaja u kojemu bi presumptivna baza ostala ista, ali bi presumirani objekt na koji bi ona upućivala bio unatoč tomu podložan promjenama mogla bi poslužiti presuda kojom je pravomoćno utvrđeno vlasništvo neke osobe. Uz tu bi se presudu s obzirom na vrijeme nakon trenutka na koji bi se odnosila njezina pravomoćnost (u pravilu nakon zaključenja glavne rasprave) vezala predmnjeva o postojanju vlasništva stvari koje je njome utvrđeno i nakon toga trenutka, svakako ako protivno ne bi bilo izvjesno utvrđeno (dokazano).

Kao primjer predmnjeve kod koje bi i presumptivna baza i presumirani objekt mogli biti podložni promjenama koje bi se u međuvremenu mogle dogoditi (dakle, nakon što bi se utvrdilo postojanje presumptivne baze i polazeći od nje formirao zaključak o postojanju presumiranog objekta) mogao bi poslužiti slučaj dviju sukcesivnih parnica za zaštitu prava vlasništva od uznemiravanja. U prvoj bi parnici presumptivni (prejudicijelni – 12/1.) zaključak o tomu da je određena osoba njezin vlasnik (presumirani objekt) i da stoga ima pravo na njezinu predaju u posjed, formiran na temelju utvrđenja da je ta osoba njezin posjednik (166. ZV),⁹⁰ bio uvjetovan utvrđenjem činjenice posjeda određene kvalitete u trenutku na koji se odnosi pravomoćnost presude donesene u toj parnici. U drugoj, kasnijoj se parnici, također radi predaje te stvari u posjed, ta predmnjeva više ne bi mogla formirati ako bi presumirani vlasnik iz prethodne parnice (čije vlasništvo ne bi pravomoćnom presudom bilo riješeno kao glavno pitanje u toj parnici) u međuvremenu izgubio posjed.

U navedenim bi se slučajevima moglo govoriti o vremenskim granicama «važenja» (relevantnosti) utvrđenja o postojanju presumptivne baze.

Bilo bi, dakle, potrebno od slučaja do slučaja voditi računa o tomu o kakvoj je predmnjevi riječ, što je presumptivna baza, a što presumirani objekt.

6. «SUKOB» PREDMNJEVA

O sukobu predmnjeva moglo bi se govoriti kada bi dvije predmnjeve istovremeno upućivale – u pravilu na temelju različitih presumptivnih baza primjenom različitih presumptivnih pravila - na različite zaključke o postojanju istog presumiranog objekta, dakle na zaključke koji se sadržajno ne bi podudarali, odnosno koji bi se isključivali.

Problem sukoba predmnjeva trebalo bi rješavati vodeći računa o tomu o kakvim

⁹⁰ ZV: Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 148/08, 38/09, 153/09, 90/10.).

je predmnjevama riječ, je li jedna od njih oboriva, a druga neoboriva, jesu li obje oborive ili neoborive, temelje li se na vremenski jednako determiniranoj činjeničnoj osnovi, itd.

U slučaju sukoba oborive i neoborive predmnjeve prednost bi u načelu trebalo dati neoborivoj. Ona bi svojom isključivošću upućivala na protivno od onoga na što bi upućivala oboriva predmnjeva. Bilo bi bitno da se obje istovremeno smatraju «mjerodavnima» za isti presumirani objekt. U tom bi smislu oboriva predmnjeva da je posjednik pokretne stvari i njezin vlasnik (166. ZV) gubila svoju relevantnost u «sukobu» s neoborivom predmnjevom da je tužitelj koji traži njezinu predaju njezin vlasnik zato što je to utvrđeno presudom čija se pravomoćnost odnosi na trenutak koji je uslijedio nakon trenutka zasnivanja posjeda. U tom bi slučaju naknadna neoboriva predmnjeva zasnovana na kasnijoj presumptivnoj bazi «derogirala» oborivu predmnjevu zasnovanu na ranije zasnovanoj presumptivnoj bazi.

Sukob dviju oborivih predmnjeva trebalo bi prosuđivati od slučaja do slučaja. Tu bi u načelu dolazila do primjene, na odgovarajući način, pravila o tomu da specijalnija predmnjeva derogira općenitiju, da predmnjeva koja bi bila utemeljena na kasnije nastaloj presumptivnoj bazi derogira onu koja se temelji na ranije nastaloj takvoj bazi, ako bi zbog toga ona utemeljena na prije formiranoj presumptivnoj bazi gubila na relevantnosti.

U slučaju sukoba dviju oborivih predmnjeva, od kojih bi se jedna temeljila na nekom oficijelnom pravnom aktu koji ima pravnu snagu javne isprave prednost bi trebalo dati toj predmnjevi. U tom bi smislu predmnjeva u korist posjednika pokretne stvari u parnici u kojoj bi ga radi njezine predaje tužila osoba čije je vlasništvo na toj stvari utvrđeno pravomoćnom presudom (donesenoj u parnici između istih osoba) bila slabija od oborive predmnjeve koja se veže uz takvu presudu da ono što je njome utvrđeno postoji i nakon trenutka na koji se odnosi njezina pravomoćnost. Sukob dviju oborivih predmnjeva utemeljenih na oficijelnim pravnim aktima trebalo bi u načelu riješiti u korist predmnjeve čija je presumptivna baza formirana kasnije. Naknadno bi nastalo činjenično stanje trebalo u načelu biti relevantnijom osnovom za prosuđivanje njegovih presumptivnih učinaka. U nekim bi se slučajevima takve predmnjeve potirale u smislu da bi dobile značenje tek nekonkluzivnih indicijских predmnjeva, zbog čega bi i drugim metodama utvrđivanja činjenica trebalo nastojati doći do zaključka o presumiranom objektu. Tako bi proturječne zaključke o presumiranom objektu na koje bi upućivali izvatici iz različitih javnih evidencija uz koje bi se vezivale oborive predmnjeve o istinitosti njihova sadržaja trebalo razjasniti prikupljanjem dodatnih podataka. Pritom bi trebalo voditi računa i o odnosu tih evidencija, o vjerodostojnosti i relevantnosti podataka koji su u njima registrirani. U tom bi smislu za utvrđivanje statusa neke pravne osobe u pravilu bilo relevantno ono što je upisano u registru upisom u koji je ona stekla svojstvo pravnog subjekta, a ne podaci o tomu iz porezne evidencije.

Ako bi bila riječ o dvjema pravomoćnim presudama kojima bi se različito odlučilo o istom zahtjevu između istih stranaka, dakle između kojih bi postojao objektivni, subjektivni i vremenski identitet onoga o čemu bi njima bilo odlučeno, sukob bi predmnjeva koji bi se na njima temeljio trebalo riješiti uklanjanjem putem

izvanrednih pravnih lijekova one od njih koja je kasnije stekla to svojstvo (*arg. ex* 354/2.9., 421/1.7.). Ako se presuda koja je kasnije stekla svojstvo pravomoćnosti ne bi više mogla pobijati izvanrednim pravnim lijekovima, prednost bi trebalo dati onoj koja je kasnije stekla to svojstvo – *iudicium posterior derogat priori*.⁹¹ U toj se situaciji pri razmatranju odnosa tih predmnjeva ne bi uopće postavljalo pitanje trenutka na koji bi se odnosila njihova pravomoćnost i time graničnik između djelovanja tih presuda snagom neoborivih i oborivih predmnjeva.

Ako objektivnog identiteta⁹² između dviju presuda koje bi bile donesene o istom zahtjevu ne bi bilo zato što bi zahtjev o kojemu bi njima bilo odlučeno bio utemeljen na različitim pravno-generativnim činjeničnim osnovama, npr. jedan na jednoj, a drugi na drugoj činjeničnoj osnovi za stjecanje prava vlasništva, sukob bi između njih trebalo riješiti vodeći računa o sadržaju tih odluka te, u nekim slučajevima, i o trenutku na koji bi se odnosila njihova pravomoćnost. Ako bi, naime, jednom presudom bio odbijen tužbeni zahtjev kojim bi bilo traženo da se utvrdi da je tužitelj vlasnik na temelju jedne pravno-generativne činjenične osnove za stjecanje toga prava, a drugom da je na temelju jedne druge pravno-generativne osnove, trebalo bi uzeti da se te presude ne bi isključivale jer bi to bile odluke (doduše) o istom zahtjevu koji bi, međutim, bio utemeljen na dvjema različitim činjeničnim osnovama, zbog čega između tih zahtjeva i presuda kojima je o njima odlučeno ne bi postojao objektivni identitet. U tom bi slučaju trebalo uzeti u obzir da je tužitelj vlasnik jer bi za stjecanje toga svojstva bilo dovoljno da se ono stekne na temelju bilo koje od više mogućih osnova. Ako bi, međutim, jednom presudom bilo utvrđeno da tuženik nije vlasnik neke stvari, a drugom da jest,⁹³ sukob tih dviju presuda trebalo bi riješiti vodeći računa o tomu odnose li se one na isti predmet odlučivanja i pravomoćnosti, pri čemu bi bio relevantan i trenutak na koji bi se odnosila njihova pravomoćnost. Ako bi takav identitet postojao, sukob bi između predmnjeva o vlasništvu koje bi se na njima temeljile trebalo riješiti kao sukob presuda koje su svojstvo pravomoćnosti stekle u različito vrijeme (v. *supra*). Ako takvog identiteta ne bi bilo, da bi se zauzeo stav o tomu koje bi utvrđenje o vlasništvu bilo mjerodavno, trebalo bi uzeti u obzir trenutak na koji bi se odnosila njihova pravomoćnost i to stoga što bi neoboriva predmnjeva koja bi se vezala uz presudu čija bi se pravomoćnost odnosila na trenutak koji bi kasnije nastupio, derogirala (s obzirom na taj trenutak) oborivu predmnjevu koja bi se vezala uz presudu čija bi se pravomoćnost odnosila na trenutak koji bi prije nastupio. Bila bi riječ o presudama koje bi se temeljile na vremenski različito determiniranim

91 Ova je maksima, koliko je to poznato autoru ove knjige, upotrijebljena kao parafraza klasične maksime *lex posterior derogat priori* u knjizi TRIVA-DIKA, GPPP, 633. To je pravilo prihvaćeno i u domaćoj sudskoj praksi.

92 Ovdje se pretpostavlja postojanje subjektivnog identiteta – istost stranaka.

93 Utvrđenje da netko nije vlasnik neke stvari imalo bi značenje utvrđenja da on nije vlasnik ni po jednoj od osnova po kojima bi to pravo mogao steći u momentu na koji se odnosi pravomoćnost presude kojom bi to bilo utvrđeno. Budući da bi to bilo izvanredno teško utvrditi (dokazati), takvo bi se negativno utvrđenje redovito temeljilo na utvrđenju nečeg drugog koje bi svojim postojanjem isključivalo pravo vlasništva određene osobe, npr. utvrđenjem vlasništva neke druge osobe. S druge strane, da bi se utvrdilo da je netko vlasnik bilo bi dovoljno utvrditi da postoji jedna od pravno-generativnih osnova za stjecanje toga prava.

činjeničnim osnovama koje bi se i sadržajno razlikovale, jer bi se jedna od njih temeljila i na činjenicama koje bi nastale nakon trenutka na koji bi se odnosila pravomoćnost druge.⁹⁴ U tom bi slučaju bilo mjerodavno ono što bi bilo utvrđeno presudom čija bi se pravomoćnost odnosila na kasniji trenutak u razvitku odnosa među strankama, ako bi tim razvitkom došlo i do promjene identiteta predmeta odlučivanja. U tom bi se smislu utvrđenje da tuženik nije vlasnik ticalo stanja stvari između stranaka u trenutku na koji bi se odnosila pravomoćnost presude koja bi sadržavala takvu odluku, pa zbog toga to utvrđenje ne bi priječilo utvrđenje da je tužitelj vlasnik s obzirom na kasniji trenutak na koji bi se odnosila pravomoćnost presude koja bi sadržavala takvu sadržano oprečnu odluku. Druga bi se presuda temeljila i na promjenama u relevantnom činjeničnom stanju do kojih bi došlo nakon trenutka na koji bi se odnosila pravomoćnost prve presude.

Navedeno bi dolazilo osobito do primjene u slučaju u kojemu bi protivnik stranke u čiju bi korist išla jedna predmnjeva pozivajući se na drugu predmnjevu isticao da postoji protivno – utvrđivanje protivnog primjenom pravila o zakonskoj predmnjevi. U tom bi slučaju “sukob” dviju oborivih predmnjeva trebalo u krajnjoj liniji razriješiti primjenom pravila o teretu utvrđivanja protivnog. To bi značilo da bi protivnik, koji se pozivao na oborivu predmnjevu koja bi njemu išla u korist, trebao i nekom od drugih mogućih metoda utvrđivanja činjenica uvjeriti sud u postojanje protivnog na zahtijevanoj razini utvrđenosti, npr. dokazima koji bi zajedno s “indicijskim” djelovanjem oborive predmnjeve naveli suca da zaključi kako je ta razina dosegnuta. Analogno bi trebalo riješiti i sukob dviju neoborivih predmnjeva.

V.

TZV. JEDNOČLANE ZAKONSKE PREDMNJEVE

U austrijskoj se doktrini otvorilo pitanje, tzv. “jednočlanih predmnjeva”, «predmnjeva» kod kojih bi (navodno) u obliku pravila o zakonskim predmnjevama bila izražena pravila o teretu dokazivanja, predmnjeva koje bi se mogle jednostavno izraziti običnim pravilima o teretu dokazivanja, bez potrebe upućivanja na presumptivnu bazu.

Takve se predmnjeve pronalaze u slučajevima u kojima i presumptivna baza sama po sebi ima značenje pravno relevantne činjenice jednako kao i presumirana činjenica. To bi imalo za posljedicu da bi stranka za koju bi zakonska predmnjeva bila povoljna u svakom slučaju trebala tu bazu učiniti predmetom tvrdjenja i dokazivanja, jer bez njezina ostvarenja (ozbiljenja) ne bi moglo doći do tražene pravne posljedice. Njezino bi nastupanje ovisilo o utvrđenju te baze kao jedne od pravno relevantnih činjenica. Ako bi se presumptivna baza dokazala (utvrdila), dolazilo bi na temelju posebnog pravila do prebacivanja tereta utvrđivanja (dokazivanja) presumirane

94 Ako bi se činjenične osnove tih dviju presuda podudarale, dakle ako nakon momenta na koji bi se odnosila pravomoćnost jedne od njih ne bi do momenta na koji bi se odnosila pravomoćnost druge nastale činjenice koje bi bitno mijenjale činjeničnu osnovu spora, postojala bi identičnost činjenične osnove zahtjeva o kojima bi njima bilo odlučeno, zbog čega bi njihov odnos trebalo tretirati kao odnos presuda kojima bi se odlučilo o identičnim zahtjevima.

činjenice na protivnika koji bi je osporavao. Zato što bi u tom slučaju, da bi nastupila pravna posljedica, pored presumptivne baze morale, osim presumirane činjenice, biti ispunjene i sve druge pravno relevantne činjenice. Radi rasterećenja stranke od tereta dokazivanja činjenica, ne bi bila potrebna nikakva zakonska predmnjeva. Ista bi se svrha, smatra se, mogla bolje postići jednostavnom normom o teretu dokazivanja utoliko što bi kratkim putem izvođenje dokazivanja i time gubitak parnice kod neuspjeha u dokazivanju iznimno prebacivala na protivnika. Ili obrnuto: svaka bi se norma o teretu dokazivanja mogla bez daljnjega donijeti u formi zakonske predmnjeve, a da se time ne bi ništa promijenilo u pogledu predviđene raspodjele tereta dokazivanja. Zaključuje se stoga da zakonske predmnjeve prema kojima presumptivna baza nije ništa drugo nego jedna od pravno relevantnih činjenica nisu ništa drugo nego jednočlane norme o teretu dokazivanja.⁹⁵

Za takvu se nepravu predmnjevu s "obmanjujućom" presumptivnom bazom nudi najprije kao primjer, koji se «pogrešno» koristio za ilustraciju dvočlane predmnjeve, institut odgovornosti za nedostatke stvari. Naime, ako se na predanoj stvari naknadno pokaže nedostatak, stjecatelj stječe pravo (zahtjev) za otklanjenje nedostatka (§§ 922, 923. ABGB), s time da treba dokazati da je stvar već pri predaji imala nedostatke jer se bezrezervno preuzimanje smatra kao ispunjenje bez nedostataka. Ipak, iznimka od toga pravila, ako se kod određenih životinja pojave unutar određenog roka određene bolesti, predmnjeva se da su te životinje bile bolesne već pri predaji (§ 925 ABGB). Tada otuđitelj treba dokazati da je do bolesti došlo naknadno nakon predaje. U vezi s tim se primjerom, međutim, smatra da tu ne bi bilo potrebno tražiti presumptivnu bazu koja bi bila izvan činjeničnog stanja - nje ne bi bilo. § 925 ABGB bio bi zapravo *lex specialis* u odnosu na opću normu o odgovornosti za nedostatke, normu koja bi predviđala prebacivanje tereta dokaza u slučaju u kojemu bi se kod određenih stvari određeni nedostaci pojavili unutar određenog vremena i odmah prigovorili. Bilo bi svejedno bi li zakonodavac ovdje u korist stjecatelja propisao predmnjevu ili bi otuđitelja opteretio dokazivanjem negativnog. Polazeći od standardne dvočlane definicije zakonske predmnjeve, zastupa se stav da se u izloženom primjeru ne bi radilo o jednoj takvoj, već samo o jednočlanoj normi o teretu dokazivanja koju je zakonodavac prikazao zamaskiravši je u predmnjevu.⁹⁶ Uz izloženu bi se argumentaciju, međutim, moglo primijetiti da bi u iznesenom primjeru ipak bila riječ o jednoj pravnoj zakonskoj predmnjevi. I tu bi, da bi se smio formirati zaključak o postojanju presumirane činjenice (zaključak da su životinje bile bolesne već pri predaji), prethodno trebalo utvrditi presumptivnu bazu (da je riječ o određenim životinjama kod kojih se u izvjesnom roku nakon predaje pojavila određena bolest). Pritom, zbog toga što pitanje odgovornosti za nedostatke ne bi ovisilo o tomu je li se kod neke životinje pojavila određena bolest u određenom roku nakon predaje, već o tomu je li životinja bila bolesna pri predaji, presumptivna baza u ovom primjeru ne bi sama po sebi bila pravno relevantna činjenica, već činjenica kojom bi se uz primjenu presumptivnog pravila zaključivalo da je životinja bila bolesna u vrijeme predaje. Na kupcu bi bio teret dokazivanja (utvrđivanja) presumptivne baze, a ako bi

95 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 206., 207.

96 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 207.

se ona utvrdila, na prodavatelja bi prelazio teret dokazivanja (utvrđivanja) da unatoč postojanja presumptivne baze životinja nije bila bolesna u vrijeme predaje (dokaz o protivnom).

Ni drugi se primjer koji je iznesen u austrijskoj doktrini u prilog tezi o postojanju jednočlanih zakonskih predmnjeva u izloženom smislu, o postojanju slučajeva u kojima se u formi zakonskih predmnjeva prikrivaju pravila o teretu dokazivanja ne čini uvjerljivijim. Riječ je o pravilu stečajnog prava po kojemu se u slučaju pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika učinjenih u korist bliskih srodnika predmnjeva da su oni znali da su one poduzete zbog toga da bi ih se stavilo u povoljniji položaj. Prema doktrini koja smatra da je tu riječ o zakonskoj predmnjevi u ovom bi primjeru značenje presumptivne baze imalo blisko srodstvo, dok bi presumirana činjenica bilo znanje ili nemarno neznanje za namjeru pogodovanja. Međutim, polazeći od teze da bi blisko srodstvo u razmatranom primjeru imalo nedvojbeno značenje pravno relevantne činjenice, uzima se da bi se opet radilo o nepravoj predmnjevi u opisanom smislu. Stečajni upravitelj ne bi morao tvrditi niti dokazivati subjektivne momente iz opće norme. Protivniku pobijanja bilo bi prepušteno da istakne prigovor da nije skrivljeno znao ili bio dužan znati. Pritom bi dokazi koje bi iznosio u prilog svog prigovora bili, tzv. obični prvi dokazi, a ne dokaz o protivnom. Zbog toga bi za njegovo dokazivanje neznanja ili neskrivljenog znanja vrijedila opća pravila o teretu dokazivanja.⁹⁷ I u svezi s ovim primjerom moglo bi se primijetiti da u njemu stečajni upravitelj umjesto da izravno dokazuje znanje određenih osoba za namjeru pogodovanja (neposredno relevantna činjenica) treba dokazati da je radnja koja se pobija poduzeta prema bliskim srođnicima (presumptivna baza), uz što bi se vezivala predmnjeva da su oni znali ili bili dužni znati za pogodovanje. Zaključak o tomu da bi se uz navedenu presumptivnu bazu vezivala predmnjeva o znanju, odnosno dužnom znanju proizlazio bi posredno iz okolnosti da bi bliski srođnici mogli spriječiti pobijanje radnje ako bi dokazali da nisu znali niti bili dužni znati za namjeru pogodovanja. Upravo stoga, dokazujući da nisu znali za namjeru pogodovanja, oni bi dokazivali protivno onomu što bi se predmnijevalo.

VI.

PREDMNJEVE KOD KOJIH NE DOLAZI DO PREBACIVANJA TERETA UTVRĐIVANJA (DOKAZIVANJA) ("OBIČNE", "JEDNOSTAVNE" PREDMNJEVE)

Za "prave" je zakonske predmnjeve određujuće da kod njih dolazi do promjene predmeta u pogledu kojega je na stranci u čiju korist predmnjeva ide teret utvrđivanja (dokazivanja) u smislu da na njoj nije teret utvrđivanja (dokazivanja) postojanja, tzv. presumiranog objekta (činjenice odnosno pravnog stanja), što bi inače bio slučaj kad ne bi bilo pravila o zakonskoj predmnjevi, već teret utvrđivanja (dokazivanja), tzv. presumptivne baze. Upravo zbog toga - ako se utvrdi postojanje presumptivne baze - uzima da postoji presumirani objekt, na protivnika se kod, tzv. oborivih zakonskih

97 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 207., 208.

predmnjeva prebacuje teret utvrđivanja (dokazivanja) da tog objekta nema unatoč tomu što je utvrđeno da postoji presumptivna baza.

U austrijskoj se doktrini, međutim, iznosi teza o postojanju pravila o zakonskim predmnjevama kojima se stranka koja treba dokazati određenu činjenicu doduše pogoduje, ali ipak uz ograničenje da bi na njoj bio teret dokazivanja (utvrđivanja) predmnijevanog, ako se nakon provjere po službenoj dužnosti ili u povodu protudokaza protivnika pojavi utemeljena sumnja u pogledu njegova postojanja. Takva bi "jednostavna" predmnjeva (njem. *einfache Vermutung*) u načelu činila suvišnim dokazivanje činjenice ili prava čije bi postojanje bilo pretežnije vjerojatno.⁹⁸ Međutim, ako bi iznimno nastala potreba da se provjeri postojanje predmnijevanog zato što bi neuobičajene okolnosti upućivale na to da takve vjerojatnosti nema, na stranci u čiju bi korist išla predmnjeva bio bi teret dokazivanja. Smisao se takvog uređenja vidi u tomu da se postupak u redovnim slučajevima oslobodi nepotrebnog dokazivanja, a da se sud i protivnik ipak ne sprečavaju u tomu da od onoga koji treba dokazati određenu činjenicu zahtijevaju potpuno razjašnjenje svih dvojbi. Pritom ne bi bilo bitno je li obična predmnjeva konstruirana s presumptivnom bazom koja bi bila strana relevantnom činjeničnom stanju ili bi njime bila obuhvaćena.⁹⁹

Smatra se da takvih jednostavnih predmnjeva ima nekoliko u öZPO-u. Tako se kao primjer "jednostavne" predmnjeve navodi ona o autentičnosti isprave koja prema formi i sadržaju izgleda kao javna isprava – uz takve se isprave, naime, veže predmnjeva o njihovoj autentičnosti (§ 310/1. öZPO). Iz navedene bi odredbe na prvi pogled proizlazilo da bi protivnik trebao dokazati protivno, da naime isprava nije autentična, kako to, uostalom, izrijeком propisuje njemačko pravo (§ 437/1. dZPO). Upozorava se, međutim, da iz odredbe § 310. stavka 2. öZPO-a proizlazi drukčije. Ako sud posumnja u autentičnost, može po službenoj dužnosti ili u povodu prijedloga zatražiti od navodnog izdavatelja da se o tomu očituje. Ako se time dvojba ne razriješi, prema austrijskom bi pravu teret dokazivanja autentičnosti isprave bio na osobi koja se pozvala na ispravu.¹⁰⁰ Takvo se rješenje smatra opravdanim. S jedne bi strane predmnjeva o autentičnosti trebala olakšati dokazivanje, dok bi s druge trebala otpasti kad se sučeva sumnja u autentičnost ne bi mogla otkloniti službenom provjerom. Bila bi riječ o sumnji bliskoj onoj da je isprava krivotvorena koju bi trebao otkloniti onaj koji se njome hoće poslužiti kao dokazom. Formalnu bi dokaznu snagu neka isprava stjecala tek kad bi njezina autentičnost bila utvrđena. Zato bi bilo dovoljno da protivnik običnim protudokazom p(r)obudi sumnju u autentičnost isprave. U tom se slučaju prebacivanje tereta dokazivanja ne čini opravdanim.¹⁰¹ Analogno bi trebalo protumačiti i u bitnome podudarajuće odredbe hrvatskoga prava koje uređuju pitanje utvrđivanja autentičnosti javnih isprava (230.).¹⁰² U tom se smislu u domaćoj doktrini (ipak ne

98 U tom se smislu govori o pretežnijoj vjerojatnosti (njem. *Wahrscheinlichkeitsübergewicht*).

99 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 208., 209.

100 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 209.

101 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 207., 208. U bitnome podudarno i RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 420., koji u vezi s tzv. jednostavnom predmnjevom autentičnosti (javnih) isprava govore da bi bila riječ o vrsti zakonskog *prima facie* dokaza (njem. *Anscheinbeweis*).

102 TRIVA-DIKA, GPPP, 514.

do kraja određeno) ističe da bi sud radi otklanjanja sumnje u pogledu autentičnosti isprave mogao zatražiti da se o tome izjasni tijelo od kojega isprava navodno potječe (230/4.) te da bi njezinu autentičnost mogao ispitivati i drugim dokaznim sredstvima, ali da bi bio vezan uz zakonsku presumpciju o istinitosti sadržaja isprave («onoga što se u njoj potvrđuje ili određuje») tek ako je stajališta da je autentičnost izvjesna.

Daljnji bi primjer, tzv. jednostavnih predmnjeva koje se iznose za austrijsko pravo bila predmnjeva o postojanju pravnog interesa običnog umješača za miješanje. Na njemu bi prije svega bio samo teret tvrdjenja da ima pravni interes da pobijedi stranka kojoj se pridružio. Stoga bi se sudac prigodom ispitivanja postojanja tog interesa umješača trebao ograničiti samo na ispitivanje konkluzivnosti njegove prijave. Naime na to može li se iz navoda umješača izvesti njegov pravni interes - istinitost bi se konkluzivnih navoda privremeno predmnijevala. Stoga bi stranke, da bi se obranile od takve intervencije, trebale ustvrditi nedostatak pravnog interesa. Umješač bi tek nakon toga trebao dokazati svoj pravni interes ili kako neki misle (**Fasching**) učiniti ga tek vjerojatnim. Ako bi nešto ostalo nejasno, na umješaču bi bio teret dokazivanja postojanja ili vjerojatnosti tog interesa. U suprotnom bi se otklonila intervencija. Drukčije nego kod neautentičnosti isprave takav se ishod ovdje očekuje od samog početka. Kod intervencijskog bi se interesa radilo o posebno normiranoj procesnoj pretpostavci čije bi postojanje umješač bio dužan potkrijepiti prema općim pravilima o teretu dokazivanja jer bi iz nje izvodio pravo na sudjelovanje u parnici i na meritornu odluku.¹⁰³ U hrvatskom bi pravu, tzv. intervencijski interes trebalo tretirati analogno kao i u austrijskom pravu, s time da bi taj interes imao značenje pretpostavke (čije bi postojanje trebalo učiniti vjerojatnim) o kojoj bi ovisila osnovanost intervencije, a ne procesne pretpostavke (*arg. ex 207/2.*).¹⁰⁴

Smatra se da je shema “jednostavne” predmnjeve u austrijskom pravu primjenjiva i kod prorogabilnih nadležnosti. Takva se nadležnost na početku ispituje na temelju navoda tužitelja, osim ako je sudu njihova netočnost poznata, a kada je ovlašten odmah donijeti odgovarajuću odluku. Njihova se istinitost najprije predmnijeva i o njoj se raspravlja tek ako tuženik istakne prigovor nenadležnosti; a prema okolnostima bi na tužitelju bio teret dokazivanja. Upuštanjem u parnicu tuženik gubi pravo prigovarati - predmnjeva postaje procesno čvrsta. Na tuženiku je teret prigovaranja, ali ne i teret predlaganja dokaza niti teret utvrđivanja (njem. *Feststellungslast*): bez prigovora nema materijalnog preispitivanja nadležnosti. Na temelju prigovora nastaje dužnost suca da preispita nadležnost zbog čega predlaganje dokaza stranaka dobiva značenje pomoćne funkcije. Ako provjera ne dovede do rezultata, ne prebacuje se, različito nego kod meritornih prigovora, teret utvrđivanja na tuženika, već ostaje na tužitelju. Posljedica bi neuspjeha da se utvrdi nadležnost bila ili odbacivanje tužbe ili oglašavanje suda nenadležnim.¹⁰⁵

103 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 209., 210.

104 Usp. DIKA, Gradansko parnično pravo, IV., Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, IV., 2008., 270., 271. (§ 38/3.2.).

105 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 210. Ovaj bi izvod s aspekta hrvatskog prava mogao biti dvojbjen zato što je sud ovlašten otkloniti nadležnost (odbaciti tužbu – 16; oglašiti se nenadležnim i predmet ustupiti nadležnom sudu – 17., 20.) samo ako bi bio siguran u to da nije nadležan.

Na temelju izloženih se primjera zaključuje da jednostavna predmnjeva nije oboriva u smislu da procesni protivnik mora uspjeti s dokazom o protivnom, već kao provjerljiva u smislu da se u slučaju dvojbe o tome ima li *in concreto* mjesta primjeni pravila o zakonskoj predmnjevi - bilo po službenoj dužnosti ili u povodu prigovora (predmnjeva autentičnosti javnih isprava) ili samo po prigovoru (predmnjeva intervencijskog interesa i prorogabilne nadležnosti) - treba provesti inkvizitorno razjašnjenje, pri čemu bi preostale nejasnoće teretile onoga u čiju bi korist predmnjeva išla.¹⁰⁶

VII.

PREDMNIJEVANOST PROCESNIH PRETPOSTAVAKA

Prema vladajućem stavu austrijske doktrine sudac je dužan podnesenu tužbu ispitivati u odnosu na sve procesne pretpostavke, a kad je u pitanju prorogabilna nadležnost, ograničiti se na navode tužitelja u tužbi (ako mu već nije poznato da nisu točni), odnosno u pogledu ostalih uzeti u obzir činjenice koje su mu službeno poznate i, ako bi imao dvojbi o njihovu postojanju, provesti odgovarajuća ispitivanja po službenoj dužnosti. U slučaju u kojemu ne bi bilo jasno (*non liquet*) postoje li procesne pretpostavke, neovisno o tomu je li riječ o pozitivnim ili negativnim, na tužitelju bi bio teret dokazivanja jer on traži pravnu zaštitu i meritornu odluku. Kad se postojanje neke procesne pretpostavke ne može jasno utvrditi, treba uzeti da je utvrđeno da se nije ostvarila.¹⁰⁷

S druge strane, prema stajalištu austrijske judikature, kojemu su se prikonili i neki autori, sudac bi se trebao ograničiti na ispitivanje konkluzivnosti tužbenih navoda o procesnim pretpostavkama, on se ne bi trebao upuštati u utvrđivanje njihove istinitosti, osim kad bi mu bilo poznato da nisu istiniti. Zbog toga bi bilo dovoljno da tužba ispunjava minimalne formalne i sadržajne zahtjeve, među koje bi pripadalo i kompetencijsko činjenično stanje. Tužitelj ne bi bio dužan iznositi i dokazivati navode o drugim pretpostavkama. U pogledu njih bi bilo dostatno ispitati konkluzivnost navoda o njima.¹⁰⁸ To bi jednostavno rečeno značilo, apstrahirajući od neprorogabilne nadležnosti i od nužnog sadržaja tužbe, da bi se postojanje procesnih pretpostavka predmnijevalo. Sud bi ispitivao samo konkluzivnost propisanih i fakultativnih navoda tužitelja o procesnim pretpostavkama. Ako bi se već znalo da navodi o procesnim pretpostavkama nisu točni, tužbu bi (u pravilu) trebalo odbaciti, tek nakon što bi se proveo postupak radi otklanjanja nedostataka.¹⁰⁹ Predmnjeva da postoje procesne pretpostavke bila bi, međutim, tzv. jednostavna predmnjeva, predmnjeva koja bi odgovarala predmnjevi o autentičnosti javne isprave. To znači da bi sudac, ako bi posumnjao u postojanje neke procesne pretpostavke, bio dužan po službenoj dužnosti obaviti potrebna ispitivanja. Ako ni nakon toga ne bi to pitanje bilo razjašnjeno, tužitelj bi snosio teret utvrđivanja i trebalo bi zaključiti da je rezultat dokazivanja

106 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 210.

107 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 211.

108 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 211.

109 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 211.

negativan.¹¹⁰

Izloženi bi stav austrijske sudske prakse (i dijela doktrine) svakako bio prihvatljiv i s aspekta hrvatskoga prava kad su u pitanju pozitivne procesne pretpostavke, npr. postojanje stranačke i parnične sposobnosti, urednost zastupanja itd. Međutim, čini se da se on ne bi mogao prihvatiti u pogledu negativnih procesnih pretpostavaka. Naime, ako sud ne bi bio siguran je li sklopljena sudska nagodba, teče li prije zasnovana druga parnica, je li stvar pravomoćno presuđena, postoji li valjan ugovor o arbitraži, itd., ne bi smio zaključiti da te negativne pretpostavke postoje zato što nije sa sigurnošću utvrđeno da ne postoje. Ponuđeni bi stav najprije bio u protivnosti s načelom *negativa non sunt probanda*, njegovim bi se prihvaćanjem ograničilo pravo na slobodan pristup sudu, na ostvarivanje pravne zaštite. Protiv tog bi stava, zatim, govorio način na koji je uređena reakcija suda u povodu tih pretpostavaka. Sud, naime, smije odbaciti tužbu ako utvrdi da o istom zahtjevu među istim strankama već teče parnica (194/3.), ako utvrdi da se parnica vodi o predmetu o kojemu je već zaključena sudska nagodba (323.) te ako utvrdi da je već pravomoćno odlučeno o istom zahtjevu među istim strankama (333/2.). Inzistira se, dakle, na postojanju tih negativnih procesnih pretpostavaka, što znači da ne bi bilo dovoljno da bude samo vjerojatno da one postoje da bi u pogledu njihova postojanja došlo do prebacivanja tereta dokazivanja na tužitelja i da bi se uzelo da one postoje. Analogno su te pretpostavke sankcionirane kao apsolutno bitne povrede određaba parničnog postupka – takve povrede, naime, postoje ako je odlučeno o zahtjevu “o kojemu već teče parnica, ili o kojemu je već prije pravomoćno presuđeno, ili o kojemu je već zaključena sudska nagodba ili nagodba koja je po posebnim propisima ima svojstva sudske nagodbe” (354/2.9.).¹¹¹

Smatra se da se izloženi stav austrijske judikature (i dijela doktrine) da se postojanje procesnih pretpostavaka (u pravilu) predmnjeva treba primijeniti i u pogledu pravnog interesa koji se u pretežnom dijelu austrijske i njemačke doktrine tretira kao procesna pretpostavka. Taj bi se interes kod kondemantornih i konstitutivnih tužbi privremeno predmnijevao. Moguće bi dvojbe sudac morao razjasniti po službenoj dužnosti. Teret bi dokazivanja bio na tužitelju ako se takvim ispitivanjem te dvojbe ne bi otklonile.¹¹² Kad su u pitanju deklaratorne tužbe, prema (pretežnom) stavu doktrine, koja se po tomu razlikuje od judikature, sud bi deklaratorni interes trebao po službenoj dužnosti ispitati kao (posebnu) procesnu pretpostavku i, ako ga ne bi utvrdio, odbaciti tužbu. Ipak, to pravilo ne bi vrijedilo u pogledu deklaratornih tužbi predviđenih materijalnim pravom. Kod tih tužbi ne bi bila riječ o nikakvom posebnom deklaratornom interesu koji bi tužitelj od početka trebao prezentirati, već o općem pravozaštitnom interesu koji bi se privremeno predmnijevao, a tek prema okolnostima mogao nedostajati. Primjerice trebalo bi odbaciti tužbu za utvrđivanje

110 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 212.

111 Sud koji bi trebao odlučiti u povodu pravnog lijeka, trebao bi preko prvostupanjskog suda provjeriti postoje li okolnosti o kojima bi ovisila osnovanost tih razloga za pravni lijek (360/2., 361/3., 399.). Ako na taj način ne bi mogao sa sigurnošću utvrditi postoje li odnosne procesne povrede, ne bi bio ovlašten ukinuti pobijanu(e) odluku(e) i odbaciti tužbu, već je(ih) eventualno ukinuti i vratiti na ponovni postupak radi pravilnog utvrđenja procesnopravno relevantnog činjeničnog stanja.

112 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 212.

očinstva izvanbračnog djeteta podnesenu protiv onoga koji je očinstvo nesporno priznao. Pritom bi nejasnoće o djelotvornosti priznanja očinstva koje se po službenoj dužnosti nisu mogle otkloniti opravdavale fikciju o nedostatku pravnog interesa, zbog čega bi tužbu trebalo odbaciti.¹¹³ Čini se, međutim, da bi, s aspekta hrvatskoga prava, u navedenom primjeru trebalo postupiti upravo suprotno. Kod deklaratornih bi se tužbi predviđenih "materijalnim pravom" postojanje pravnog interesa zapravo predmnijevalo pri čemu ne bi bila riječ o tzv. "običnoj, jednostavnoj" predmnjevi u (v. *supra ad VI.*), već o pravoj predmnjevi. Zbog toga što je ovlaštenje za podnošenje tužbe predviđeno zakonom, uzimalo bi se da pravni interes za njezino podnošenje postoji, osim ako se ne bi dokazalo protivno. To dokazuje okolnost da upravo neizvjesnost u pogledu djelotvornosti priznanja očinstva opravdava podnošenje deklaratorne tužbe. Inače bi se trebalo složiti s iznesenim stavom u austrijskoj doktrini da se postojanje pravnog interesa kao pozitivne procesne pretpostavke kao opće legitimacijske osnove za traženje deklaratorne pravne zaštite pretpostavlja.¹¹⁴

VIII.

PРАВНА ПРИРОДА PRESUMPTIVNIH PRAVILA

1. UVOD

Određivanje pravne prirode presumptivnih pravila ovisilo bi o klasifikacijskim i kvalifikacijskim kriterijima od kojih će se pri tomu početi.¹¹⁵ Ako bi se pošlo od fenomenološkog određenja pojma pojedinih kategorija prava, mogla bi se, *grosso modo*, razlikovati, građanskopravna i procesnopravna presumptivna pravila, već prema tomu uređuju li se njima izvanprocesni pravni odnosi ili odnosi koji se zasnivaju u procesu s obzirom na taj proces. Ako bi se kao distinkcijska osnova uzele uobičajene funkcionalne definicije materijalnog prava kao prava o čijoj primjeni ovisi odluka o osnovanosti zahtjeva i procesnog prava kao prava koje uređuje odnose koji se zasnivaju tijekom postupka u kojemu se utvrđuju premise za donošenje te odluke,¹¹⁶ mogla bi se razlikovati materijalnopravna i procesnopravna presumptivna pravila pri čemu bi pojam materijalnopravnih presumptivnih pravila obuhvaćao i procesnopravna (prema fenomenološkom kriteriju) presumptivna pravila onda kad bi se u funkciji materijalnopravne norme javljala pravila koja inače uređuju procesnopravne odnose.

Ako bi se, međutim, pri određivanju pravne prirode presumptivnih pravila uzele u obzir aktivnosti koje se poduzimaju tijekom postupka da bi se donijela meritorna odluka, odluka o osnovanosti zahtjeva, tada bi radi određenja pravne

113 HOLZHAMMER, Die einfache Vermutungen, 212.

114 Usp. DIKA, Građansko parnično pravo, VI., Tužba, §§ 6., 23., 24., 25., 27., 30., 35., 37.

115 U doktrini se, kad se uopće nastoji odrediti pravna priroda zakonskih predmnjeva, one obično spominju u kontekstu materijalnog prava. U tom smislu FASCHING, ZPR, 456., govori o tome da materijalno pravo poznaje – radi olakšanja ostvarivanja prava – zakonske predmnjeve. Usp. i RECHBERGER, Fasching. Komm., 3., 602. te ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 631. KRAPAC, KPP, 5. izd., 2012., 408., međutim jasno razlikuje presumpciju kaznenog materijalnog i kaznenog procesnog prava.

116 Usp. DIKA, Građansko parnično pravo, X., Pravni lijekovi, § 23.

prirode presumptivnih pravila trebalo voditi računa o tomu da se u suđenju kao procesu u kojemu se neka pravna stvar rješava u sadržajnom i formalnom smislu primjenjuju dvije osnovne kategorije pravnih pravila od kojih bi svaka obuhvaćala dvije potkategorije:

(1.) pravila koja bi se mogla kvalificirati kao pravila **materijalnog prava** (u funkcionalnom smislu) jer bi o njihovoj primjeni ovisila odluka o osnovanosti zahtjeva, u okviru kojih bi se moglo (i trebalo) razlikovati:

(1.1.) pravila **materijalnog prava u užem («pravom») smislu** kao pravila koja uređuju pretprocesni odnos s obzirom na koji se traži pravna zaštita, koja bi se upravo zbog toga mogla nazvati i pravilima **primarnog materijalnog prava**, i

(1.2.) pravila koja bi se mogla kvalificirati kao pravila **materijalnog pravozaštitnog prava** kao pravila na temelju kojih bi se ocjenjivalo jesu li ispunjeni uvjeti da se s obzirom na utvrđenu pretprocesnu materijalnopravnu situaciju izrekne zatražena pravozaštitna mjera (kondemnacija, deklaracija ili konstitucija određenog sadržaja) i koja bi se upravo zbog toga mogla nazvati i pravilima **sekundarnog materijalnog prava**, te

(2.) pravila koja bi se mogla kvalificirati kao pravila procesnog prava (u funkcionalnom smislu) jer bi se njima uređivao sadržajni i formalni aspekt radnji koje bi se poduzimao tijekom postupka radi pripreme osnova za donošenje (meritorne) odluke, u okviru kojih bi bilo moguće razlikovati:

(2.1.) pravila **procesnog prava u užem smislu** kojim bi se uređivala formalna strana odnosa koji se zasnivaju i razvijaju tijekom postupka i koja bi se mogla nazvati i pravilima **«čistog» procesnog prava**, i

(2.2.) pravila koja uređuju metode utvrđivanja sadržaja premisa za donošenje odluke u postupku i koja bi bilo moguće nazvati i pravilima **pravozaštitnog procesnog prava**.¹¹⁷ Među pravila ove potkategorije pripadala bi, s jedne strane, pravila koja bi se ticala subjekata o čijoj bi inicijativi ovisilo koje će se od pravno relevantnih činjenica utvrđivati tijekom postupka te metoda njihova utvrđivanja,¹¹⁸ a s druge strane, pravila

117 Autor je svjestan “neuoobičajenosti” izložene strukture pravnih pravila koja se primjenjuju u postupku. Međutim, uočavajući njihovo postojanje i posebnost njihove funkcije u suđenju kao “čisto” postupovnopravnoj aktivnosti, ali i kao aktivnosti kojom se prikupljaju elementi sadržaja premisa za donošenje odluke i kojom se na temelju tako utvrđenog sadržaja tih premisa ona donosi, nastojalo se upozoriti na njihovu posebnost i važnost. U tom smislu izloženu konstrukciju treba shvatiti i kao svojevrsni poziv za raspravu, koja bi svakako uključivala i (konstruktivno-destruktivnu) kritiku. Izložene kvalifikacijsko-klasifikacijske teze imaju dodira s onim za označavanje čega je Godschmidt svojedobno upotrijebio izraz *materielles Justizrecht*. One aludiraju i na doktrinu zemalja *common law* tradicije koja pored kategorija supstancijalnog i procesnog prava poznaje i kategoriju, tzv. *law of evidence*. Riječ je, međutim, o pitanjima koja nadilaze ograničnost teme ovoga rada.

118 Pravilima procesnog pravozaštitnog prava određivalo bi se o inicijativi kojeg procesnog subjekta (o sudu ili strankama) ovisi koje će činjenice radi opravdanja ili negiranja istaknutog zahtjeva moći iznijeti, dok bi o pravilima mjerodavne materijalnopravne norme ovisilo koje će se od iznesenih činjenica okvalificirati kao pravno relevantne i koje bi stoga trebalo utvrditi, s time da bi o pravilima procesnog pravozaštitnoga prava, opet, ovisilo kako (kojim metodama) će se činjenice koje su okvalificirane kao pravno relevantne utvrđivati i kako će se formirati zaključak o tomu da postoje ili ne postoje.

koja bi se ticala subjekata o čijoj bi inicijativi ovisio izbor pravne norme primjenom koje bi se donosila odluka. U tom bi smislu u tu četvrtu kategoriju, najprije, pripadala pravila kojima bi se utvrđivalo o inicijativi kojeg bi procesnog subjekta ovisilo koje će se činjenice utvrđivati i koja će se pravna norma primijeniti, hoće li za utvrđivanje činjenica biti određujuća i uz koja odstupanja raspravna ili istražna metoda, odnosno hoće li za izbor mjerodavne pravne norme vrijediti pravilo *iura novit curia* ili će sud pri donošenju svoje odluke smjeti primijeniti samo pravnu normu na koju su se pozvale stranke. Tu bi zatim pripadala pravila o metodama utvrđivanja činjenica koje treba utvrditi, odnosno neka pravila o utvrđivanju sadržaja pravne norme koju treba primijeniti, itd.¹¹⁹

U skladu s navedenim, pri razmatranju pravne prirode pojedinih presumptivnih pravila trebalo bi svakako voditi računa o naznačenoj diobi pravnih pravila koja se primjenjuju u suđenju kao postupku u kojemu se utvrđuje postoje li premise za donošenje odluke o zahtjevu za izricanje određene pravozaštitne mjere i u kojemu se ona donosi. Pritom bi, između ostaloga, trebalo uzeti u obzir i ove trenutke:

(1.) da sve navedene (pot)kategorije pravila, pa tako i ona pravila koja imaju značenje pravila «čistog» procesnog prava mogu sadržavati pravila presumptivnog karaktera;

(2.) da presumptivna pravila nemaju istu funkciju i učinke kad se na temelju njih utvrđuju, tzv. presumirane činjenice i kad se na temelju njih utvrđuje postojanje pravnih stanja;

(3.) da funkcija, učinci i s time povezano pravna priroda presumptivnih pravila

119 U pravila koja bi se ticala metoda utvrđivanja sadržaja više premise logičkog silogizma presude pripadala bi i pravila o (ne)vezanosti nižih sudova za pravna shvaćanja viših sudova u istoj pravnoj stvari izražena u ukidnim odlukama viših sudova (ili Ustavnog suda) donesenim u istoj pravnoj stvari (u povodu pravnih lijekova odnosno ustavne tužbe), zatim, pravila o (ne)vezanosti vijeća i sudaca pojedinaca odjela (ili općenito) viših sudova ili Vrhovnog suda za pravna shvaćanja zauzeta na odjelnim (ili općim) sjednicama tih sudova, pravila o (ne)vezanosti sudova u određenoj pravnoj stvari za pravno shvaćanje Europskog suda za ljudska prava, općenito pravila o vezanosti ili nevezanosti za precedente, itd.. U tu bi potkategoriju, međutim, pripadala i pravila o tomu o čijoj bi inicijativi ovisilo hoće li neka od potencijalno primjenjivih normi biti primijenjena *in concreto*, o inicijativi stranaka ili suda. U ovu potkategoriju pravila ne bi, međutim, pripadala pravila o kreiranju norme koja bi mogla biti mjerodavna, o utvrđivanju njezina sadržaja i značenja i o njezinoj primjeni u pojedinim slučajevima – onda kad ne bi bilo mjesta primjeni navedenih pravila o vezanosti suda za stavove drugih sudova o tome. U tom bi smislu o interpretativnim pravilima obveznog prava (u načelu, apstraktno uzevši) ovisilo kako bi trebalo pronaći (ponekad kreirati) te utvrditi sadržaj i značenje neke obveznopravne norme koja bi se javljala u funkciji norme primarnog materijalnog prava. Međutim, ako bi sud pri primjeni te norme bio vezan za značenje koje joj je pridao neki drugi sud ili sudsko tijelo, tada se ta interpretativna pravila ne bi mogla primijeniti, već bi sud morao uzeti da ona postoji i znači onako kako je to odredio taj drugi sud. U ovom bi drugom slučaju ta apstraktna interpretativna itd. pravila bila irelevantna. Ona bi bila mjerodavna samo ako se ovlašteni sud ili neko drugo tijelo ne bi već izjasnio o postojanju, mjerodavnosti i značenju neke norme. Uvažavajući izloženi realitet u određivanju sadržaja pravne norme koju treba primijeniti, moglo bi se zaključiti da u određenim slučajevima sudovi ne sude na temelju zakona, već na temelju zakonskih normi posredovanih stavovima sudova ili drugih tijela o njihovu postojanju, mjerodavnosti i značenju.

moгу ovisiti o tomu je li riječ o oborivim ili neoborivim predmnjevama;

(4.) da pri kvalifikaciji nekoga pravnog pravila nije određujuće u kojem se zakonu ono nalazi (npr. u zakonu koji je koncipiran kao zakon koji uređuje izvanprocesne odnose, npr. građanskopravne, obiteljskopravne, radnopravne, itd.), već kakva je funkcija toga pravila u procesu suđenja.¹²⁰

U nastavku će se odgovor na pitanje o pravnoj prirodi presumptivnih pravila pokušati odvojeno dati za predmnjeve o činjenicama i predmnjeve o pravu te u okviru tih dviju kategorija u ovisnosti o tomu odnose li se one na oborive ili neoborive predmnjeve. Vodit će se računa i o tomu jesu li te predmnjeve u funkciji utvrđivanja presumiranog objekta značajnog za primjenu materijalnopravne ili procesnopravne norme te s tim u vezi je li riječ o odnosu u kojemu odluku treba donijeti primjenom domaćećeg ili stranog prava.

2. PREDMNJEVE O ČINJENICAMA

2.1. Oborive predmnjeve o činjenicama

Kad se primjenom presumptivnih pravila utvrđuju činjenice koje su pravno relevantne (neovisno o tomu prema pravilima kojega prava: primarnog ili sekundarnog materijalnog prava, odnosno primarnog ili sekundarnog procesnog prava), kod oborivih je činjeničnih predmnjeva presumirani objekt presumirana činjenica, na temelju koje (i eventualno utvrđenja o postojanju nekih drugih činjenica), primjenom mjerodavne pravne norme, tek treba formirati neki pravni stav, redovito odluku. Funkcija je presumptivnih pravila ovdje analogna funkciji drugih pravila o utvrđivanju činjenica, dakle pravila o općepoznatim činjenicama, o priznanju činjenica, o dokazivanju (uključujući i o ocjenjivanju izvedenih dokaza), o teretu dokazivanja, odnosno o utvrđivanju činjenica po slobodnoj ocjeni. To dokazuje i odnos između načina utvrđivanja činjenica prema pojedinim od navedenih pravila. Naime, u konkurenciji pojedinih načina utvrđenja činjenica neki od njih mogu imati funkcionalnu prednost pred drugima, pa tako, npr., ako je općepoznato da neka činjenica ne postoji, sud neće zaključiti da ona postoji, iako na njezino postojanje upućuje presumptivno pravilo o oborivim predmnjevama zato što je utvrđeno postojanje presumptivne baze. Razlog tomu treba tražiti u okolnosti da je zaključak na koji upućuje presumptivno pravilo kod oborivih predmnjeva oboriv, u okolnosti da je dopušteno utvrditi protivno, a na to protivno (drukčije) upućuje upravo njegova notornost o kojoj je sud dužan voditi računa po službenoj dužnosti. Utvrđenje činjenica primjenom presumptivnog pravila kod oborivih je predmnjeva slabije od utvrđenja do kojega se dolazi njihovim priznanjem zato što će se, ako je priznato protivno, uzeti kao relevantno ono što je

120 U tom se smislu zakoni koji se obično smatraju «materijalnopravnim» zakonima, npr., tzv. građanski zakoni, u nas, npr., zakoni koji uređuju obvezne, stvarnopravne, nasljednopravne, obiteljskopravne, radnopravne itd. odnose, u kojima se govori o tijelu koje će biti nadležno odlučivati o određenim zahtjevima, o vrsti postupka koji će se pritom provesti, o dokazima koji se mogu upotrijebiti i kako će biti ocijenjeni, itd., ne bi, unatoč tomu što se nalaze u tim zakonima, mogle smatrati odredbama materijalnopravnog karaktera.

priznato, a ne ono na što u konkretnom slučaju upućuje to pravilo na temelju utvrđenja o postojanju presumptivne baze. Utvrđivanje činjenica primjenom presumptivnog pravila je slabije i od utvrđivanja činjenica dokazivanjem ako se dokazivanjem došlo do zaključka o protivnom na zahtijevanoj razini utvrđenosti; u suprotnom bi vrijedilo presumirano.

Polazeći od stava koji se *supra* pokušalo opravdati da je funkcija utvrđivanja činjenica primjenom presumptivnih pravila analogna utvrđivanju činjenica primjenom drugih metoda njihova utvrđivanja, trebalo bi uzeti da su pravila o **oborivim predmnjevama o činjenicama pravila procesnog pravozaštitnog prava**.

To, ipak, ne mora značiti da i oborive predmnjeve o činjenicama primarnog materijalnog prava ne bi mogle imati određene materijalnopravne učinke i u tom smislu imati značenje i pravila toga prava. One bi to značenje mogle imati onda kada bi pravni subjekti na temelju norme primarnog materijalnog prava bili ovlašteni - polazeći od okolnosti koje prema odgovarajućoj normi upućuju na postojanje određenih činjenica i pouzdajući se u takvo presumirano postojanje tih činjenica - uzeti da postoji i određeno materijalnopravno stanje te u vezi s tim tako (također presumirano) utvrđenim stanjem stjecati određena prava, itd.¹²¹ U tim bi slučajevima norma primarnog materijalnog prava određene materijalnopravne učinke zapravo vezivala uz presumpciju o postojanju određenih činjenica i, često, uz na njima zasnovanoj presumpciji o postojanju određenog pravnog stanja. Bila bi riječ o slučajevima u kojima bi presumpcija o postojanju određene činjenice imala značenje pravno relevantne činjenice. Primjer za to bili bi slučajevi u kojima bi se uz postojanje određenih okolnosti vezala ocjena o primjeni dužne pažnje u postupanju nekog od sudionika u odnosu, itd.¹²² U postupku bi se ocjenjivalo je li neki od sudionika u odnosu imao opravdanih razloga uzeti da postoji ono na što bi upućivale neke druge okolnosti, je li valjano ocijenio da postoji presumptivna baza za formiranje predmnjeve o postojanju neke činjenice, itd.

Polazeći od redovne funkcije pravila o oborivim predmnjevama o činjenicama (dakle, apstrahirajući od mogućnosti da one u jednom specifičnom smislu imaju i izravni materijalnopravni učinak – v. *supra*) kao procesnog instrumenta za utvrđivanje činjenica i pravne prirode tih pravila kao pravila o jednoj od metoda utvrđivanja

121 Sudionici u pravnom životu svoje ponašanje usklađuju s onim što znaju o tome kakvo je konkretno činjenično i pravno stanje stvari u društvenim odnosima u vezi s kojima namjeravaju poduzimati određene pravne radnje i time zasnovati odgovarajuće pravne odnose. Upravo bi stoga pri procjenjivanju takvog stanja oni bili ovlašteni uzimati u obzir i konkretne predmnjeve o njegovim elementima, vodeći pri tomu računa o njihovoj oborivosti. Tako bi i za neku osobu koja je imala razloga pretpostaviti da je neka druga osoba u čijem se posjedu stvar nalazila pošten posjednik, trebalo pretpostaviti da je pošten posjednik stvari koju je dobila u posjed od te druge osobe (18/3. ZV). Stjecatelju bi se moglo prigovoriti da nije s potrebnom pažnjom pri stjecanju uzео u obzir okolnosti koje bi govorele o protivnom, itd. Dakle, ako je određeni pravni subjekt imao razloga da se, polazeći od presumiranog stanja, ponaša na određeni način, mogao bi, pouzdajući se u takvo stanje nešto steći, npr. steći od nevlasnika (118. ZV).

122 U tom bi smislu predmnjeva da je osoba kod koje se stvar nalazi pošten posjednik (18/5. ZV) mogla biti osnovom za zaključak da je posjednik i vlasnik (118/1., 3. ZV), zbog čega bi, ako bi za to bile ispunjene i druge pretpostavke, stjecatelj koji bi stvar kupio od takvog posjednika mogao postati i njezinim vlasnikom (118/1., 2. ZV).

činjenica, dakle kao specifičnih procesnih pravozaštitnih pravila, trebalo bi uzeti da bi za ocjenu učinaka tih pravila u sporovima s međunarodnim obilježjem u načelu bilo mjerodavno pravo suda (*lex fori*), a ne pravo mjerodavno za odlučivanje o glavnoj stvari, svakako ako (internim pravom, međunarodnim ugovorima) ne bi bilo predviđeno što drugo. Tako bi pojedini pravni poreci mogli predvidjeti (na normativnoj razini, sudskom praksom; izrijekom ili implicitno) da će uvažavati presumptivna pravila drugih prava u slučajevima ako će ta prava biti mjerodavna za rješenje pravnih pitanja na temelju činjenica na čije bi postojanje upućivala ta pravila. U tom bi slučaju, analogno kao kad se u okviru pravne pomoći neke radnje mogu poduzeti primjenom stranog prava (182.), domaći sud primjenjivao pravozaštitna presumptivna pravila stranog prava. Pravozaštitni karakter utvrđivanja činjenica primjenom presumptivnih pravila osobito bi dolazio do izražaja u slučajevima u kojima stranim presumptivnim pravilom ne bi bilo izrijekom predviđeno da je riječ o neoborivoj predmnjevi. Ta bi se predmnjeva prema hrvatskom pravu smatrala oborivom (*arg. ex 221/3.*), ako to strano pravo ne bi uopće sadržavalo odgovarajuću opću odredbu. Problem bi mogao nastati u slučaju kada bi se prema općem pravilu stranog prava predmnjeve za koje ne bi bilo izrijekom rečeno da su oborive smatrale neoborivima. U tom bi slučaju trebalo primijeniti odgovarajuće pravilo stranog prava (v. *infra ad 1.2.*).

1.2. Neoborive predmnjeve o činjenicama

Kod neoborivih bi predmnjeva o činjenicama bila isključna mogućnost dokazivanja protivnog, pa bi utvrđivanje činjenica primjenom presumptivnih pravila koja bi se na njih odnosila bilo jače i od utvrđivanja činjenica primjenom pravila o notornosti, o priznanju činjenica, o dokazivanju, ako bi se primjenom tih pravila htjelo doći do utvrđenja o protivnom.

I ova bi kategorija presumptivnih pravila imala **značenje procesnih pravozaštitnih normi** – to bi bila pravila čijom bi se primjenom utvrđivale pravno relevantne činjenice koje bi bile obuhvaćene nižom (činjeničnom) premisom logičkog silogizma sudske odluke. Čak i kad bi činjenica čije bi se postojanje presumiralo imala značenje materijalnopravne pretpostavke, pretpostavke o čijem bi postojanju ovisio nastanak, promjena ili prestanak nekog materijalnopravnog odnosa ili prava, presumptivno pravilo kojim bi se ona utvrđivala ne bi imalo značenje materijalnopravnog pravila. Materijalnopravnim se pravilima propisuje koje se činjenice trebaju utvrditi da bi nastala neka materijalnopravna posljedica, procesnim pravozaštitnim pravilima kako se ona utvrđuje u sudskom postupku, odnosno može li se i kako dovesti u pitanje pravilnost zaključka do kojega se došlo njegovom primjenom. Presumptivno pravilo bilo bi viša premisa (*praemissa maior*) činjeničnog suda čiji bi zaključak tvorio nižu premisu (*praemissa minor*) pravnog suda o postojanju materijalnopravnog ovlaštenja, pravnog odnosa itd.

I kod neoborivih bi predmnjeva o stavu prava suda ovisilo hoće li i kako tretirati pravila o neoborivim premnjevama stranog prava koje bi bilo mjerodavno za donošenje odluke o meritumu, hoće li im priznati isti tretman kao pravilima mjerodavnim za donošenje meritorne odluke ili ne. Ako bi pravo suda propisivalo

da su sve predmnjeve beziznimno uvijek oborive, tada bi se i predmnjeve koje bi bile predviđene stranim pravom kao neoborive smatrale oborivima, ako posebnim pravilima međunarodnog privatnog i/ili procesnog prava (npr. međunarodnim sporazumima) ne bi bilo predviđeno drukčije.¹²³

Ako bi se, međutim, pravila o neoborivim predmnjevama shvatila kao pravila o određivanju pravno relevantnih činjenica za nastanak odgovarajućih pravnih posljedica, dakle ne kao pravila o mehanizmu za utvrđivanje činjenica, tada bi ta pravila trebalo tretirati kao pravila prava mjerodavnog za nastupanje tih pravnih posljedica.

2. PREDMNJEVE O PRAVU

2.1. Oborive predmnjeve

Pravila bi o oborivim predmnjevama o pravu bila **materijalnopravne** prirode ako bi presumirano pravno stanje bilo uređeno materijalnopravnim normama – prema tim bi pravilima presumptivna baza bila svojevrsna pravno relevantna činjenica o kojoj bi ovisio nastanak toga stanja.

Pravila o oborivim predmnjevama o pravu imala bi **procesnopravni** karakter ako bi presumptivna baza upućivala na procesnopravno stanje u konkretnom postupku.

Kod oborivih bi predmnjeva o pravu bilo dopušteno utvrđivati (između ostaloga i dokazivanjem) protivno, bilo bi dopušteno utvrditi da presumirano pravno stanje ne postoji (zato što nije nikada nastalo ili zato što je naknadno prestalo) ili da je drukčije. Pritom bi se nekim od metoda utvrđivanja izravno zaključivalo o protivnom, a nekima posredno. Tako bi se moglo izravno zaključiti o protivnom ako bi ono bilo općepoznato (221/4.) ili ako bi se priznalo (221/1., 2.). Protivno bi se moglo utvrditi i utvrđenjem protivnog kao presumiranog pravnog stanja primjenom «jačeg» presumptivnog pravila. Tako bi se presumptivni zaključak da je posjednik vlasnik mogao oboriti pravomoćnom presudom kojom bi bilo utvrđeno da nema to svojstvo. Protivno bi se, međutim, moglo posredno utvrditi i utvrđenjem (između ostaloga i dokazivanjem) da ne postoje činjenice o čijem bi postojanju prema normi koja bi bila mjerodavna za nastanak utvrđivanog pravnog stanja kad se ono ne bi utvrđivalo primjenom presumptivnog pravila ovisio njegov nastanak, odnosno utvrđenjem činjenica o kojima bi prema toj ili nekoj drugoj mjerodavnoj normi ovisili njegova promjena ili prestanak postojanja. U ovom drugom slučaju **pravila o utvrđivanju protivnog bila bi u pravilu pravila procesnog pravozaštitnog prava**. Iznimka bi od tog pravila postojala kad bi se do zaključka o protivnom dolazilo primjenom jače predmnjeve o protivnom, u kojem bi slučaju presumptivna baza uz koju bi se

123 Tradicionalnom stajalište doktrine i judikature da su pravila o predmnjevama o činjenicama koje se nalaze u tzv. materijalnopravnim zakonima pravila materijalnog prava i da se u odnosima s međunarodnim obilježjem mogu primijeniti u skladu s pravilima međunarodnog privatnog prava, trebalo bi – i kad bi se prihvatio stav da su ta pravila zapravo pravila procesnog pravozaštitnog prava – shvatiti kao stajalište da za odgovarajuća pravila međunarodnog procesnog prava vrijedi režim predviđen za pravila međunarodnog privatnog prava.

vezala primjena presumptivnog pravila o protivnom imala značenje pravnorelevantne činjenice uz koju bi to pravilo vezalo postojanje tog protivnog (ili drukčijeg), pa bi stoga presumptivno pravilo imalo značenje **materijalnopravne odnosno procesnopravne norme** ovisno o normama koje bi od tih prava bilo uređeno kao protivno predmnijevano pravno stanje.

U odnosima s međunarodnim obilježjem pravila bi o oborivim materijalnopravnim pravnim predmnjevama trebalo tretirati kao pravila čija bi primjena ovisila o pravilima međunarodnog privatnog prava.

2.2. Neoborive predmnjeve

Kod neoborivih bi predmnjeva o pravu zaključak o postojanju pravnog stanja na koji bi upućivalo presumptivno pravilo na temelju utvrđenja o postojanju presumptivne baze bio neoboriv: ne bi bilo dopušteno utvrđivati (dokazivati) protivno, ne bi bilo dopušteno utvrđivati (uključujući i dokazivanjem) da presumirano pravno stanje ne postoji ili da je drukčije od predmnijevanog.

Ako bi presumirano pravno stanje bilo uređeno materijalnopravnim normama, pravila o neoborivim pravnim predmnjevama bila bi **materijalnopravna**. Prema njima bi presumptivna baza bila pravno relevantna činjenica o kojoj bi ovisio nastanak toga stanja. Odgovarajuće bi, *mutatis mutandis*, vrijedilo i za neoborive predmnjeve predviđene procesnim pravom.

U odnosima s međunarodnim obilježjem pravila bi o neoborivim materijalnopravnim predmnjevama o pravu trebalo tretirati kao pravila čija bi primjena ovisila o pravilima međunarodnog privatnog prava.

IX. FIKCIJE

Za zakonske predmnjeve je karakteristično da su one u većoj ili manjoj mjeri iskustveno utemeljene, da prema iskustvu presumirani objekt u pravilu postoji ako postoji presumptivna baza. U toj, redovito iskustveno utemeljenoj, vezi između presumptivne baze i presumiranog objekta očitovala bi se razlika između zakonskih predmnjeva i zakonskih fikcija. Naime, kod zakonskih bi se fikcija neoborivi zaključak o postojanju neke «obične» činjenice ili pravnog stanja formirao na temelju fikcijskog pravila i utvrđenja o postojanju određenih činjenica (fikcijske baze) koji se inače iz tih činjenica prema pravilima o prirodnom razvitku događaja ne bi mogao izvesti (stvarnosti tuđe posljedice).¹²⁴ U tom bi smislu pravilo po kojemu se nerođeno dijete smatra rođenim ako je to potrebno radi zaštite njegovih interesa (124/2. ZN) imalo značenje fikcijskog pravila.¹²⁵

124 RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 406., *ratio* fikcija vide u razlozima pravičnosti.

125 U tom smislu za austrijsko pravo i FASCHING, ZPR, 456., te RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 406. VODINELIĆ, GP, 420., pored navedene fikcije rođenja, kao primjere fikcije navodi i fikciju nenastupanja uvjeta, kod koje se fingira da nije nastupio uvjet koji je nastupio, ako je njegovo nastupanje nesavjesno izazvao onaj čije pravo nastaje ostvarenjem uvjeta, te fikciju

I kod **fikcija** bi trebalo razlikovati apstraktno **fikijsko pravilo** (kao apstraktnu fikciju), činjenicu čijim bi utvrđenjem postojanja ili nepostojanja to pravilo uvjetovalo zaključak o postojanju ili nepostojanju nekog fingiranog objekta (**fikijska baza**),¹²⁶ zaključak o postojanju tog objekta («obične» činjenice ili pravnog stanja) (**konkretna fikcija**) te sam **fingirani objekt**. Dakle, značenje apstraktne fikcije imala bi fikijska norma kao specifičan apstraktni sud, a konkretne fikcije zaključak o fingiranom objektu izveden na temelju fikijske norme i utvrđenja o postojanju fikijske baze.

Stranka u čiju korist ide fikcija snosila bi u pravilu, analogno kao i kod predmnjeva, teret tvrđenja i utvrđivanja (dokazivanja) fikijske baze. Ona bi u pravilu, analogno kao i kod predmnjeva, trebala ustvrditi postojanje fingiranog objekta.

Protivnik stranke za koju bi fikcija bila povoljna mogao bi, analogno kao i kod predmnjeva, **protudokazom** pokušati dovesti u pitanje potrebnu razinu utvrđenosti fikijske baze i tako spriječiti formiranje zaključka o postojanju fingiranog objekta.

Kod fikcija ne bi bilo dopušteno utvrđivati (dokazivati) protivno jer se kod njih svjesno uzima da postoji nešto za što se znade da ne postoji.

Granica između presumpcija i fikcija zapravo je više teorijska te razlikovanje tih dvaju pravnih instituta nema posebne praktične važnosti. Štoviše, tzv. neoborive predmnjeve, predmnjeve kod kojih nije dopušten dokaz o protivnom, po svojim su učincima izjednačene s fikcijama. Ipak, razlika bi između neoborivih predmnjeva i fikcija bila u tomu što kod fikcije ne postoji mogućnost da je stvarno stanje onakvo kakvim se pravno pretpostavlja, dok je kod neoborivih predmnjeva to moguće.¹²⁷

Fingirane činjenice mogu se utvrđivati samo primjenom fikijskoga pravila na utvrđenu fikijsku bazu – one se za razliku od presumiranih činjenica ne mogu izravno utvrđivati drugim metodama utvrđivanjem činjenica, npr., primjenom pravila o notornosti, o priznanju činjenica, a osobito ne dokazivanjem. Kod njih je izvan dvojbe da postoji protivno od onoga što se fingira.

kumulativnosti uzroka, kod koje se uzima da su sve povezane osobe prouzročile štetu, iako ju je prouzročilo samo neka od njih, ali se ne može utvrditi koja. Ovaj autor inače (420.) fikcije definira kao nepostojeće činjenice za koje se uzima da postoje i postojeće činjenice za koje se uzima da ne postoje, da kod njih važi ono što je suprotno znanju. U vezi sa stavom ovog autora da su fikcije činjenice moglo bi se prigovoriti isto što i u vezi s (njegovim) stavom da su presumpcije činjenice, da su fikcije, naime, ili fikijska pravila (apstraktna fikcija), ili zaključak o fikciji do kojeg se dolazi primjenom fikijskog pravila na utvrđenje o postojanju fikijske baze (konkretna fikcija). Stav da su fikcije činjenice bio bi u kontradikciji s njihovom prirodom – kod fikcija se uzima upravo suprotno od onoga što jest, što nužno upućuje na to da su fikcije pravilo ili pravni zaključak o nečemu, a ne ono na što se oni odnose. Taj je stav u protivnosti i s autorovom tezom da kod fikcija važi ono što je suprotno znanju – važiti može samo neki propis, zaključak, misao itd., a ne činjenica kad konkretna datost. V. i narednu bilj.

126 VODINELIĆ, GP, 420., smatra da je kao i kod presumpcije i kod fikcije za njeno važenje nužno da postoje neke stvarne činjenice – osnova fikcije (*basis*): da je kod fikcije nenastupanja uvjeta određena osoba izazvala nastupanje uvjeta, da je kod fikcije kumulativnosti uzroka više osoba povezano djelovalo u vezi s nastalom štetom, da je kod fikcije rođenja djeteta ono začeto (v. prethodnu bilj.).

127 U tom smislu i VODINELIĆ, GP, 420., koji govori o tomu da je pravni režim koji za stranke i sud stvara fikcija jednak onom neoborive presumpcije.

X. **PRESUMPTIVNA PRAVILA I PRAVILA O TERETU (UTVRĐIVANJA UKLJUČUJUĆI I) DOKAZIVANJA**

1. UVOD

Presumptivna pravila su pravila koja uz utvrđenje o postojanju jedne činjenice (u funkcionalnom smislu, jer se u ulozi takve činjenice mogu javiti i neki konkretni pravni odnos ili pravo: pravno stanje), tzv. presumptivne baze, vežu (upućuju na, nameću) zaključak o postojanju, tzv. presumiranog objekta («obične» činjenice ili pravnog stanja), dok su pravila o teretu (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja pravila koja se primjenjuju tek kad se neka činjenica ne uspije utvrditi na zahtijevanoj razini utvrđenosti (primjenom neke od funkcionalno prioritetnijih metoda utvrđivanja činjenica uključujući i primjenu presumptivnih pravila te) dokazivanjem, i to tako što se najprije na temelju njih utvrđuje na kojoj je od stranaka teret (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja te činjenice, da bi se zatim o njezinom postojanju formirao zaključak koji je nepovoljan za tu stranku (*arg. ex* 221. a).

Razlike između presumptivnih pravila i pravila o teretu dokazivanja bile bi funkcionalne i sadržajne. One se različito postavljaju ovisno o tome što je presumirani objekt – «obična» činjenica ili konkretno pravno stanje.

2. **PRESUMPTIVNA PRAVILA O UTVRĐIVANJU «OBIČNIH» ČINJENICA I PRAVILA O TERETU (UTVRĐIVANJA UKLJUČUJUĆI I) DOKAZIVANJA**

Utvrđivanjem činjenica primjenom presumptivnih pravila odstupa se od standardnog načina njihova utvrđivanja. Kad ne bi bilo presumptivnih pravila, činjenica bi se izravno utvrđivala primjenom metoda kojima se inače utvrđuje, dakle dokazivanjem ispravama uz koje se veže neoboriva predmnjeva o istinitosti njihova sadržaja (*arg. ex* 12/1., 230/1., 3.), primjenom pravila o općepoznatim činjenicama (221/4.), primjenom pravila o priznanju činjenica (221/1., 2.) te dokazivanjem (uključujući i javnim ispravama uz koje se veže oboriva predmnjeva o istinitosti njihova sadržaja - *arg. ex* 12/1., 230/1., 3.) ili indicijским putem. U slučajevima u kojima se činjenice utvrđuju primjenom presumptivnog pravila (zato što nema mjesta primjeni neke od funkcionalno prioritetnijih metoda izravnog utvrđivanja činjenica) njihovo se utvrđivanje provodi u dvije etape. U prvoj se etapi utvrđuje (uključujući i dokazivanjem) postojanje, tzv. presumptivne baze, a u drugoj, na temelju utvrđenja o postojanju te baze primjenom presumptivnog pravila, postojanje, tzv. presumirane činjenice. U tom se smislu u tim slučajevima u prvoj etapi **mijenja predmet izravnog utvrđivanja** (uključujući i dokazivanja) – umjesto presumirane činjenice to je presumptivna baza, a tek se u drugoj fazi na temelju utvrđenja o postojanju presumptivne baze primjenom presumptivnog pravila zaključuje o postojanju presumirane činjenice. Dakle, mogućnost utvrđivanja neke činjenice primjenom presumptivnog pravila otklanjala bi potrebu da se ona **izravno** utvrđuje dokazivanjem

(onda kad to nije moguće postići funkcionalno prioritetnijim metodama), pa bi u tom smislu ta mogućnost kao metoda utvrđivanja činjenica imala **funkcionalni prioritet** pred njihovim izravnim dokazivanjem (*arg. ex 221/3.*). Potreba bi za izravnim dokazivanjem neke činjenice nastala tek ako se ona ne bi uspjela utvrditi (ni) primjenom presumptivnog pravila - zato što ga nema ili, ako postoji, zato što se presumptivnu bazu ne bi uspjelo utvrditi na zahtijevanoj razini utvrđenosti.

Kad se činjenica nastoji utvrditi primjenom presumptivnog pravila, stranka za koju primjena presumptivnog pravila nije povoljna može pokušati, tzv. **protudokazom** dovesti u pitanje potrebnu razinu utvrđenosti presumptivne baze. Ako u tomu uspije, budući da stranka za koju je utvrđivanje činjenica primjenom presumptivnog pravila povoljna redovito snosi teret (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja postojanja presumptivne baze, morat će se zaključiti da nema te baze, što, međutim, ne mora značiti da nema ni presumirane činjenice. Naime, ako se ta činjenica ne uspije utvrditi primjenom presumptivnog pravila zato što nije utvrđeno postojanje presumptivne baze, njezino će se postojanje moći pokušati izravno utvrditi (nekom od metoda utvrđivanja činjenica, uključujući i) dokazivanjem. Tak ako se ni tako njezino postojanje ne uspije utvrditi (dokazati), bit će potrebno primijeniti pravila o teretu dokazivanja i o činjenici koju je trebalo utvrditi, formirati zaključak koji će biti nepovoljan za stranku na kojoj će biti taj teret.

Kod oborivih predmnjeva i kad se utvrdi postojanje presumptivne baze na potrebnoj razini utvrđenosti i stoga formira presumptivni zaključak da presumirana činjenica postoji, protivna stranka može - onda kada to nije moguće utvrditi primjenom neke druge funkcionalno prioritetnije metode utvrđivanja - pokušati dokazati da, unatoč tomu što postoji presumptivna baza, presumirana činjenica ipak ne postoji, dakle pokušati dokazati protivno.

S druge se strane pravila o teretu (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja primjenjuju tek kad se neka činjenica ne uspije utvrditi na za to zahtijevanoj razini utvrđenosti nekom drugom metodom utvrđivanja činjenica uključujući i primjenom presumptivnih pravila i dokazivanjem (*arg. ex 221.a*). U tom je smislu formiranje zaključka o postojanju činjenica primjenom pravila o teretu (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja, **funkcionalno supsidijarna** metoda utvrđivanja činjenica. Dakle, ako se neka činjenica utvrdi primjenom presumptivnog pravila, otpada potreba da se stav o njezinu postojanju formira primjenom pravila o teretu (utvrđivanja, uključujući i) dokazivanja.

Sadržajno se presumptivna pravila i pravila o teretu (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja razlikuju po onome na što upućuju. Presumptivna pravila na temelju utvrđenja o postojanju presumptivne baze upućuju na postojanje **neke druge činjenice**, činjenice koju treba utvrditi. Pravila o teretu (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja upućuju na **suprotan zaključak** o određenoj činjeničnoj pretpostavci od onoga glede kojega je teret (utvrđivanja, između ostaloga i primjenom presumptivnog pravila te) dokazivanja bio na stranci koja snosi taj teret. U tom smislu, s jedne strane, presumptivno pravilo da je muž majke u vrijeme rođenja djeteta njegov otac uz utvrđenje da je određeno dijete rođeno za vrijeme trajanja braka između njegove majke i nekog muškarca (presumptivna baza) veže zaključak da je taj muškarac otac

djeteta (presumirana činjenica), dakle, na temelju utvrđenja o jednoj činjenici upućuje na zaključak o postojanju neke druge činjenice (presumirano očinstvo). S druge strane, «klasično» bi pravilo bilo da je teret dokazivanja na onome koji tvrdi (*probatio incubit ei qui affirmat*)¹²⁸ - u slučaju u kojemu se (primjenom drugih prioritetnijih metoda utvrđivanja činjenica uključujući i) primjenom presumptivnog pravila i dokazivanjem ne bi uspjelo na zahtijevanoj razini utvrđenosti formirati zaključak o tomu da je dijete rođeno tijekom braka između njegove majke i određenog muškarca – upućivalo na zaključak da ta pretpostavka (presumptivna baza) nije ispunjena, da treba uzeti da ne postoji (*idem est non esse aut non probari*). Zbog toga bi se očinstvo djeteta trebalo utvrđivati jednako kao i izvanbračno - izravnim (utvrđivanjem između ostaloga i) dokazivanjem biološke veze. Ako se ni ta veza ne bi mogla utvrditi, trebalo bi primjenom pravila o teretu (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja zaključiti da je nema.

Naznačena razlika u sadržaju između presumptivnih pravila i pravila o teretu dokazivanja očituje se i u strukturi logičkog silogizma utvrđivanja činjenica njihovom primjenom. Kad se činjenica utvrđuju primjenom presumptivnog pravila, nižu premisu silogizma čini presumptivna baza, višu premisu presumptivno pravilo, dok se zaključak tiče postojanja presumirane činjenice. Kad se činjenice utvrđuju primjenom pravila o teretu dokazivanja, nižu premisu čini utvrđenje da se određena činjenica nije uspjela utvrditi niti jednom od funkcionalno prioritetnijih metoda utvrđivanja činjenica uključujući i dokazivanjem te utvrđenje o tomu na kojoj je od stranaka teret utvrđivanja (uključujući i dokazivanja) te činjenice, višu premisu pravilo da u tom slučaju o postojanju utvrđivane činjenice treba formirati zaključak koji će biti nepovoljan za stranku na kojoj je teret dokazivanja, dok će zaključak biti utvrđenje o postojanju protivnog od onoga glede čega je teret utvrđivanja (uključujući i dokazivanja) bio na stranci koja snosi taj teret.

I presumptivna pravila i pravila o teretu dokazivanja služe utvrđivanju činjenica, ali se njihova uloga, kako se to pokušalo pokazati, u tomu funkcionalno i sadržajno razlikuje. Ipak, te su dvije metode utvrđivanja činjenica - i ona primjenom presumptivnih pravila i ona primjenom pravila o teretu utvrđivanja - funkcionalno povezane. Kad se presumirana činjenica utvrđuje primjenom presumptivnih pravila, primarni objekt utvrđivanja postaje, tzv. presumptivna baza, dok se zaključak o postojanju presumiranog objekta može formirati tek ako se utvrdi postojanje te baze na potrebnoj razini utvrđenosti, pri čemu će teret (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja presumptivne baze redovito biti na stranci za koju je primjena tog pravila povoljna. U tom smislu prigodom utvrđivanja činjenica primjenom presumptivnih pravila dolazi do promjene primarnog objekta utvrđivanja (umjesto neposredno relevantne činjenice to je presumptivna baza) i do prebacivanja tereta utvrđivanja na taj objekt. Pored toga, kod oborivih predmnjeva - u slučaju u kojemu je utvrđena presumptivna baza i na temelju nje primjenom presumptivnog pravila formiran zaključak o postojanju presumiranog objekta - na protivnoj je stranci teret (utvrđivanja

128 Ovdje se to pravilo uzima tek radi toga da bi se pojednostavnilo isticanje razlike između utvrđivanja činjenica primjenom presumptivnih pravila i pravila o teretu dokazivanja, dakle ne s pretenzijom da ima značenje općeg pravila o teretu utvrđivanja (dokazivanja).

uključujući i) dokazivanja protivnog: rizik (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja protivnog prebačen je na protivnu stranku. U tom smislu kod oborivih predmnjava ne dolazi samo do promjene predmeta utvrđivanja uključujući i dokazivanja te s time povezanog predmeta tereta utvrđivanja uključujući i dokazivanja (s presumirane činjenice na presumptivnu bazu), već i do prebacivanja tereta utvrđivanja uključujući i dokazivanja protivnog na protivnu stranku.

3. PRESUMPTIVNA PRAVILA O UTVRĐIVANJU PRAVNIH STANJA I PRAVILA O TERETU (UTVRĐIVANJA UKLJUČUJUĆI I) DOKAZIVANJA

Utvrđivanjem pravnih stanja primjenom presumptivnih pravila odstupa se od standardnog načina njihova utvrđivanja. Naime, kad ne bi bilo presumptivnog pravila, da bi se mogao formirati zaključak o postojanju pravnog stanja, trebalo bi (po općim pravilima o utvrđivanju činjenica, uključujući i dokazivanjem) utvrditi postojanje onih činjenica uz koje pravna norma koja bi tada i zbog toga bila mjerodavna vezala njegov nastanak, promjenu ili prestanak. U slučajevima u kojima postoji presumptivno pravilo, umjesto tih se činjenica utvrđuje postojanje onih koje imaju značenje presumptivne baze i, ako se one utvrde, primjenom se tog pravila zaključuje o postojanju pravnog stanja. U tom se smislu u tim slučajevima dokazivanje kao metoda utvrđivanja činjenica ne isključuje, već se samo **mijenja njegov mogući predmet** i to stoga što mogućnost utvrđivanja nekog pravnog stanja primjenom presumptivnog pravila ima **funkcionalni prioritet** pred izravnim dokazivanjem činjenica koje bi bile relevantne prema (supsidijarno primjenjivoj) mjerodavnoj normi (*arg. ex 221/3.*). Izravnom se dokazivanju činjenica uz koje (supsidijarno primjenjiva) mjerodavna norma veže nastanak pravnog stanja pribjegava (tek) kad se ono ne uspije utvrditi (ni) primjenom presumptivnog pravila - zato što ga nema ili, ako postoji, zato što se presumptivnu bazu nije uspjelo utvrditi na zahtijevanoj razini utvrđenosti.

Kad se pravno stanje nastoji utvrditi primjenom presumptivnog pravila, stranka za koju primjena presumptivnog pravila nije povoljna može (između ostaloga) pokušati tzv. **protudokazom** dovesti u pitanje potrebnu razinu utvrđenosti presumptivne baze, odnosno, kod oborivih predmnjeva, (između ostaloga) dokazivati **protivno**, dakle da presumirano pravno stanje unatoč postojanja presumptivne baze ipak ne postoji - onda kada to protivno nije moguće utvrditi primjenom neke druge funkcionalno prioritetnije metode utvrđivanja. Pritom bi se protivno dokazivalo dokazivanjem da ne postoje činjenice uz koje mjerodavna norma čijoj bi primjeni bilo mjesta neovisno o presumptivnom pravilu veže nastanak pravnog stanja, odnosno da postoje činjenice koje su prema za to primjenjivoj pravnoj normi dovele do njegove promjene ili prestanka.

S druge se strane pravila o teretu (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja primjenjuju tek kad se činjenice koje tvore presumptivnu bazu ne uspiju utvrditi na zahtijevanoj razini utvrđenosti nekom drugom funkcionalnom prioritetnijom metodom utvrđivanja činjenica uključujući i primjenom presumptivnih pravila i dokazivanjem (*arg. ex 221.a*), odnosno kad se kod oborivih predmnjeva na potrebnom

razini utvrđenosti primjenom funkcionalno prioritetnijih metoda utvrđivanja ne uspiju utvrditi činjenice na temelju kojih bi bilo moguće formirati zaključak o protivnom. U tom je smislu formiranje zaključka o postojanju činjenica primjenom pravila o teretu (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja **funkcionalno supsidijarna** metoda utvrđivanja činjenica. Dakle, ako se pravno stanje utvrdi primjenom presumptivnog pravila zato što je na potrebnoj razini utvrđenosti utvrđeno postojanje presumptivne baze, otpada potreba da se stav o postojanju presumptivne baze formira primjenom pravila o teretu (utvrđivanja, uključujući i) dokazivanja, odnosno, kod oborivih predmnjeva, ako se primjenom prioritetnijih metoda utvrđivanja utvrde činjenice na temelju kojih je primjenom mjerodavne norme moguće zaključiti o protivnom, otpada potreba da se o postojanju tih činjenica zaključi primjenom pravila o teretu dokazivanja. Kod neoborivih se predmnjeva pravila o teretu dokazivanja mogu primijeniti samo u vezi s utvrđivanjem presumptivne baze.

Sadržajno se prigodom utvrđivanja pravnog stanja presumptivna pravila i pravila o teretu (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja razlikuju po onome na što upućuju. Presumptivna pravila na temelju utvrđenja o postojanju presumptivne baze upućuju na **postojanje nekog pravnog stanja** koje treba utvrditi. Pravila o teretu (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja upućuju na **suprotan zaključak** o postojanju činjenice koja tvori presumptivnu bazu od onoga do kojega bi se došlo da je ta baza utvrđena na potrebnoj razini utvrđenosti. Izravna posljedica primjene tih pravila nije zaključak o **nepostojanju pravnog stanja**. Naime, ako se ne utvrdi postojanje presumptivne baze, odnosno ako se utvrdi da nje nema, između ostaloga i primjenom pravila o teretu (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja, kod pravnih se predmnjeva izravno ne zaključuje da nema pravnog stanja koje je primjenom presumptivnog pravila trebalo utvrditi. To se stanje u tom slučaju može pokušati utvrditi utvrđivanjem činjenica uz koje pravna norma koja je mjerodavna za to pravno stanje neovisno o presumptivnom pravilu veže njegov nastanak promjenu ili prestanak. Tek ako se ne utvrde ni te činjenice za koje je teret (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja (u pravilu) na stranci za koju je postojanje pravnog stanja povoljno, treba uzeti da tog stanja nema.

Ako se utvrdi postojanje presumptivne baze, kod oborivih predmnjeva teret (utvrđivanja uključujući i) dokazivanja činjenica na temelju kojih bi se primjenom odgovarajuće pravne norme zaključilo o protivnom, prebacuje se na protivnu stranku. To znači da bi, ako se te činjenice ne bi utvrdile na zahtijevanoj razini utvrđenosti, zaključak o postojanju pravnog stanja na koji bi upućivalo presumptivno pravilo na temelju utvrđenja o postojanju presumptivne baze, «ostao na snazi». Kod neoborivih predmnjeva, kod kojih se ne može dokazivati protivno, zaključak na koji bi upućivalo presumptivno pravilo na temelju utvrđenja o postojanju presumptivne baze bi definitivno pravno važio.

Kad se pravno stanje utvrđuje primjenom presumptivnih pravila, **presumptivna baza** se zapravo javlja u funkciji **specifične pravno relevantne činjenice** uz koju to pravilo nalaže zaključak o njegovu postojanju. Kod oborivih predmnjeva se taj zaključak može oboriti (utvrđenjem uključujući i) dokazivanjem da postoje činjenice na temelju kojih je primjenom mjerodavne norme o postojanju pravnog stanja moguće zaključiti protivno. Kod neoborivih, kod kojih to nije moguće, zaključak do

kojega se dolazi primjenom presumptivnog pravila je definitivan i neoboriv – kod tih predmnjeva **presumptivna baza** ima značenje **«prave» pravno relevantne činjenice**.

XI. **ZAKLJUČNE NAPOMENE**

Institut zakonskih predmnjeva je, čini se, unatoč njegovoj važnosti,¹²⁹ u domaćoj, ali, čini se i u komparativnoj, i to ne samo u općoj pravnoj već i u procesnopravnoj doktrini bio zapostavljen. Međutim kao da se postupno javlja i jača svijest o potrebi preispitivanja «znanja» o tom institutu, o čemu svjedoče i neki recentniji pokušaji, između ostaloga, rekonstrukcije učenja o tom institutu u povijesnoj perspektivi.¹³⁰ U tom bi smislu ovaj rad trebao predstavljati doprinos tom ponovnom «otkrivanju» važnosti instituta i pokušaju njegova objašnjenja u donekle inoviranom ključu.

Autor se nada da će naznačene inovacije (varijacije) u pristupu naznačenim pitanjima, u njihovoj (re)interpretaciji i ponuđenim rješenjima izazvati odgovarajući interes i, ono što je najvažnije, reakciju u domaćoj pravnoj znanosti, osobito među njezinim mlađim sudionicima koji nisu «blokirani», «onemogućeni» za novo, drukčije razumijevanja problema (pogrešnim) (pred)znanjem starijih generacija, opterećenih inercijom naučenog. Autor se nada i da bi ideje izložene u ovom radu mogle odigrati poticajnu ulogu barem u smislu, tzv. «plodonosnih zabluda» (Rosenberg).

129 *V. supra ad I.1.*

130 "The Law of Presumptions: Essays in Comparative Legal History", edit. R.H. Helmholz i W. David H. Sellar, 2009.

Summary

STATUTORY PRESUMPTIONS -SUPPLEMENT TO LEARNING ABOUT THE VIRTUALITY OF LEGAL REALITY-

The way in which statutory (legal) presumptions are presented and problematized in this paper does not depart from the usual viewpoints in the comparative doctrine of civil procedural law. On the one hand, however, one tends to develop (deepen) the theoretical consequences of those determinants, whereas, on the other hand, one tends to harmonize them with some theoretical constructions that the author of this paper holds as regards the general protective role of the process as well as regarding the general imposition of the fact finding method including fact finding by means of evidence. Apart from the concept of presumption as the presumed legal proposition or abstract presumption one should also introduce the concept of concrete statutory presumption as the conclusion drawn by applying the presumed legal proposition to the determination of the existence of a concrete base of presumption. This would replace the widely accepted determination of the concept of presumption as the fact the existence of which is presumed in law. It would also eliminate the confusion over the terms concrete statutory presumption and the object thereof in the domestic (civil) doctrine.

Keywords: *statutory presumption, presumption of fact, legal presumption, base of presumption, presumed object (fact, legal situation), rebuttable and un rebuttable presumptions, counterevidence, evidence to the contrary, burden of proof, fictions.*

Zusammenfassung

GESETZLICHE VERMUTUNGEN -BEILAGE ZUM LERNEN ÜBER DIE VIRTUALITÄT DER RECHTSWIRKLICHKEIT-

Die Art und Weise, auf welche das Institut von gesetzlichen (rechtlichen) Vermutungen in dieser Arbeit präsentiert und problematisiert wird, weicht im Wesentlichen von den üblichen Stellungnahmen über seine Anfangsbestimmungen in der komparativen Doktrin des Zivilprozessrechtes nicht. In der Arbeit versucht man, einerseits, die theoretischen Konsequenzen dieser Bestimmungen weiter zu entwickeln, während man, andererseits, sie an manche theoretische Konstruktionen anzugleichen versucht, welche der Autor über die allgemeine rechtsschützende Rolle des Prozesses sowie über die allgemeine Imposition der Methode von Tatsachenfeststellung

einschließlich der Tatsachenfeststellung aufgrund der Beweisführung vertritt. Dabei besteht man darauf, dass man bei der Bestimmung des Instituts neben dem Begriff der Vermutung als vermutetem Rechtssatz bzw. als abstrakter Vermutung auch den Begriff der konkreten Rechtsvermutung einführen sollte, und zwar, als die Schlussfolgerung, welche aus der Anwendung des vermuteten Rechtssatzes auf die Feststellung des Bestehens der konkreten Vermutungsbasis folgt. Mit diesem Begriff würde man in der heimischen (zivilistischen) Doktrin die noch immer weit akzeptierte Bestimmung des Begriffs der Vermutung als die Tatsache, wessen Bestehen im Gesetz zu vermuten ist, ersetzen, womit man die Konfundierung der konkreten Vermutung mit ihrem Objekt beseitigen würde.

Schlüsselwörter: *gesetzliche Vermutung (Präsumtion), Tatsachenvermutung, Rechtsvermutung, Vermutungsbasis, vermutetes Objekt (Tatsache, Rechtszustand), widerlegbare und unwiderlegbare Rechtsvermutungen, Gegenbeweis, Beweis des Gegenteils, Beweislast, Fiktionen.*

Riassunto

LE PRESUNZIONI LEGALI - CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA VIRTUALITA' DELLA REALTA' GIURIDICA -

Il modo in cui nel presente lavoro si tenta di presentare e di esaminare l'istituto della presunzione (giuridica) legale non si discosta in maniera significativa dai consueti orientamenti accolti dalla dottrina comparatistica del diritto processuale civile circa i suoi elementi di base. Nondimeno nel contributo si cerca, da un lato, di sviluppare (destare) le conseguenze teoriche di tali fondamenti; mentre, dall'altra parte, si cerca di adattarli a determinate costruzioni teoriche, le quali concernono la generale tutela giudiziaria affidata al processo e l'impostazione generale del metodo di accertamento dei fatti, includendovi le prove, e che in ogni caso l'autore abbraccia. Inoltre, si insiste sul fatto che in occasione della determinazione del contenuto dell'istituto a fianco del concetto di presunzione quale regola presuntiva, presunzione astratta, occorrerebbe introdurre altresì il concetto di presunzione legale concreta alla stregua della conclusione che si forma applicando la regola presuntiva sull'accertamento dell'esistenza di una base presuntiva concreta. Mediante tale concetto si sostituirebbe l'ancor ampia determinazione del concetto di presunzione accolta nella dottrina civilistica domestica, alla stregua di una circostanza la cui esistenza si presume nella legge e con ciò si rimuoverebbe la confusione del concetto di presunzione concreta con l'oggetto della medesima.

Parole chiave: *presunzione legale, presunzione sul fatto, presunzione sul diritto, base presuntiva, oggetto presunto (circostanza, stato di diritto), presunzioni relative ed assolute, controprova, prova del contrario, onere probatorio, finzioni.*

RESTRUKTURIRANJE KOMUNALNIH DRUŠTAVA ČIJI JE OSNIVAČ JEDINICA LOKALNE SAMOUPRAVE

Dr. sc. Edita Čulinović Herc,
redovita profesorica
Dr. sc. Antonija Zubović,
viša asistentica,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK:347.72.06:351.824.11
Ur.: 29. siječnja 2014.
Pr.: 11. ožujka 2014.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se obrađuju modaliteti restrukturiranja komunalnih društava čiji je osnivač jedinica lokalne samouprave, s obzirom na to da novo zakonsko uređenje komunalnih usluga javne vodoopskrbe i javne odvodnje, odnosno tzv. vodnih usluga nalaže da komunalno društvo koje obavlja te usluge ne može obavljati niti jednu drugu (nevodnu) komunalnu uslugu. Rok za usklađivanje s novim zakonskim rješenjem istekao je 31. prosinca 2013. godine. Restrukturiranju se moglo pristupiti na razne načine, koja se u radu analiziraju pri čemu su komunalna društva, odnosno njihovi osnivači birali način koji im je troškovno najisplativiji. Zbog dodatnog zahtjeva da u restrukturiranom vodnom društvu jedinica lokalne samouprave mora držati sve udjele, odnosno dionice, pri restrukturiranju je trebalo voditi računa i o tom zahtjevu strukture kapitala. U radu se ispituju posebno mogućnosti korištenja statusne promjene podjele društva, kao modaliteta restrukturiranja. Kako je navedena statusna promjena moguća u nekoliko podoblika ispituje se u kojim situacijama je, prikladno korištenje nekog podoblika, ovisno o tomu želi li društvo koje se dijeli zadržati uslugu javne vodoopskrbe i odvodnje ili je želi prenijeti društvu koje nastaje podjelom. Rad ukazuje i na otvorena pitanja u primjeni, te ukazuje na pitanja za koja još teku rokovi za usklađivanje.

Ključne riječi: *komunalna društva, jedinice lokalne samouprave, restrukturiranje, usluga javne vodoopskrbe i javne odvodnje, podjela društava kapitala.*

1. O POJMOVNOM ODREĐENJU KOMUNALNE DJELATNOSTI

Komunalne djelatnosti su raznorodne po svom sastavu, pa se u pravnoj doktrini ističe problem njihove definicije,¹ a razni autori nude različite definicije.² Legalna

- 1 To izričito naglašava Đerđa, D., Komunalne djelatnosti i pravo vlasništva na građevinskim objektima komunalne infrastrukture, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27., br. 1., 2006., str. 213.
- 2 Antić, T., Komunalno upravno pravo, Novi informator, Zagreb, 2008., str. 22., definira

definicija je sadržana u Zakonu o komunalnom gospodarstvu.³ Čl. 1. st. 2. tog zakona pod obavljanjem komunalnih djelatnosti razumijeva: *naročito pružanje komunalnih usluga od interesa za fizičke i pravne osobe, te financiranje građenja i održavanje objekata i uređaja komunalne infrastrukture kao cjelovitog sustava na području općina, gradova, Grada Zagreba ... kao i županija kada je to određeno Zakonom o komunalnom gospodarstvu.*

Odredbom čl. 3. st. 1. Zakona o komunalnom gospodarstvu (dalje u tekstu: ZKG) nabrajaju se komunalne djelatnosti.⁴ Ne radi se o taksativnoj listi. To proizlazi iz čl. 3. st. 13. ZKG-a koji daje mogućnost predstavničkom tijelu jedinice lokalne samouprave, odlukom odrediti djelatnosti od lokalnog značenja koje se pored propisanih djelatnosti smatraju komunalnim djelatnostima.⁵ Danu su mogućnost iskoristili neki gradovi i općine i u značajnoj mjeri proširili spektar komunalnih djelatnosti.⁶ Usvojeno je rješenje u skladu sa stajalištima zauzetima u poredbenim

komunalne djelatnosti kao: *propisom posebno uređene djelatnosti, pretežno uslužnog karaktera, koje obavljaju ovlašteni subjekti, a kojima se kontinuirano zadovoljavaju potrebe od životnog značenja za stanovništvo određenog područja.* Gatarić, Đ., *Djelatnosti od posebnog društvenog interesa i javna ovlaštenja*, Narodne novine, Zagreb, 1986., str. 26., ističe da su to: *one djelatnosti koje su po svom sadržaju i značenju nezamjenjiv uvjet života i rada ljudi te organizacija i zajednica u naselju...* Klemenčić, T., *Komunalna djelatnost jučer, danas, sutra*, s posebnim osvrtom na njezino viđenje u prijedlogu Zakona o gospodarenju javnim službama, prijevod u Glasnik Konzorcija hrvatskih poduzeća za održavanje čistoće u gradovima i naseljima, Zagreb, br. 5., 1992., str. 45., određuje komunalnu djelatnost kao: *djelatnost koja za korištenje odgovarajućih prirodnih uvjeta, načinjenih uređaja i instalacija, potrebnog reprodukcijskog materijala, odgovarajuće kvalificirane radne snage i stručno utemeljenog postupka, nudi odgovarajuću uslugu.* Sarvan, D., *Obavljanje komunalnih djelatnosti kao javne službe*, Hrvatska javna uprava, god. 8., br. 4., 2008., str. 1060., definira komunalne djelatnosti kao: *gospodarske djelatnosti kojima se pružaju javne usluge od interesa za fizičke i pravne osobe na razini lokalne zajednice u kojoj svakodnevno žive i rade te kojima se neposredno ostvaruju svakodnevne potrebe građana u naseljima.*

- 3 Čl. 1. st. 2. Zakona o komunalnom gospodarstvu, Narodne novine br. 26/03, 82/04, 110/04, 178/04, 38/09, 79/09, 153/09, 49/11, 84/11, 90/11, 144/12, 94/13, 153/13.
- 4 Komunalne djelatnosti izričito navedene zakonskom odredbom jesu: prijevoz putnika u javnom prometu, održavanje čistoće, odlaganje komunalnog otpada, održavanje javnih površina, održavanje nerazvrstanih cesta, tržnice na malo, održavanje groblja i krematorija i prijevoz pokojnika, obavljanje dimnjačarskih poslova, javna rasvjeta. O djelatnostima opskrbe pitkom vodom i odvodnje i pročišćavanje otpadnih voda vidi kasnije u tekstu. Kemeter, D., *Promjena propisa komunalnoga gospodarstva nužna je za rad lokalne samouprave*, Hrvatska pravna revija, br. 7.-8., 2011., str. 34., zalaže se za uvođenje novih komunalnih djelatnosti u ZKG. Isto stajalište iznosi i u Kemeter, D., *Osvrt na promjene propisa o komunalnom gospodarstvu i učincima na rad lokalne samouprave*, Riznica, br. 8.-9., 2011., str. 49.
- 5 Djelatnosti koje odlukom odredi predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave moraju ispunjavati uvjete propisane čl. 1. st. 2. ZKG-a.
- 6 Tako su primjerice za područje grada Pazina pored komunalnih djelatnosti propisanih ZKG-om djelatnosti koje se smatraju komunalnim djelatnostima: održavanje i naplata parkirališta, dezinfekcija, dezinfekcija, deratizacija, veterinarsko-higijeničarski poslovi, prigodno ukrašavanje naselja, sanacija divljih odlagališta, održavanje odlagališta građevinskog otpada, upravljanje trgovinom na malo izvan prodavaonica na sajmeni dan, oglašavanje i plakatiranje, obnova horizontalne i vertikalne signalizacije, održavanje distribucijsko telekomunikacijske kanalizacije. Vidi Odluku o komunalnim djelatnostima na području Grada Pazina, dostupno

pravnim sustavima. Tako se primjerice u Njemačkoj daje mogućnost proširiti listu komunalnih djelatnosti zakonima savezne zemlje te odlukom lokalnih vlasti.⁷

Obavljanje komunalnih djelatnosti u nadležnosti je jedinica lokalne samouprave. Ustav Republike Hrvatske⁸ izričito u čl. 134. st. 1. propisuje: *jedinice lokalne samouprave obavljaju poslove iz lokalnog djelokruga kojima se neposredno ostvaruju potrebe građana, a osobito poslove koji se odnose na uređenje naselja i stanovanja, prostorno i urbanističko planiranje, komunalne djelatnosti, brigu o djeci ...* Odredbom čl. 19. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi⁹ propisuje se pravo, ali i obveza općinama i gradovima u svom samoupravnom djelokrugu obavljati poslove lokalnog značaja kojima se neposredno ostvaruju potrebe građana, a koji nisu Ustavom ili zakonom dodijeljeni državnim tijelima i to osobito poslove koji se, između ostaloga, odnose na komunalno gospodarstvo.¹⁰ Temeljem čl. 35. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi predstavničko tijelo donosi odluke i druge opće akte kojima uređuje pitanja iz samoupravnog djelokruga jedinice lokalne, odnosno područne (regionalne) samouprave te osniva javne ustanove i druge pravne osobe za obavljanje gospodarskih, društvenih, komunalnih i drugih djelatnosti od interesa za jedinicu lokalne, odnosno područne (regionalne) samouprave.

Sukladno odredbi čl. 2. ZKG-a jedinice lokalne samouprave te pravne i fizičke osobe kojima je povjereno obavljanje komunalnih djelatnosti, te djelatnosti obavljaju kao **javnu službu**. Naime, osnovno je svojstvo komunalnih djelatnosti da se one razlikuju od ostalih gospodarskih djelatnosti po tomu što za njihovo obavljanje postoji **opći društveni interes**. Upravo se zbog toga državi, odnosno jedinici lokalne samouprave doznačuje ovlast za uređenje tih djelatnosti.

Pravna doktrina naglašava četiri načela na kojima počiva vođenje javnih službi. To su načelo kontinuiteta, načelo prilagodljivosti, načelo primata te načelo nemerkantilnosti.¹¹ Ujedno ZKG, u čl. 2. koji nosi naslov „Načela komunalnog gospodarstva“ izričito ističe da su jedinice lokalne samouprave te pravne i fizičke

na <http://www.pazin.hr/picture/upload/File/Odluka%20-%20komunalne%20djelatnosti.pdf> (posjećeno 19.7.2013.). Za područje općine Konjščina utvrđene su sljedeće djelatnosti od lokalnog značaja koje se smatraju komunalnim djelatnostima: veterinarsko higijeničarska služba, poslovi dezinfekcije, dezinsekcije i deratizacije, poslovi prigodnog ukrašavanja naselja općine Konjščina. Vidi Službeni glasnik Krapinsko-zagorske županije br. 14/10, str. 881.

7 Đerđa, D., op. cit., str. 214., navodi primjer Düsseldorfa koji je proširio već zakonom propisani široki spektar komunalnih djelatnosti. Sarvan, D., op. cit., str. 1059.-1060., nabroja komunalne djelatnosti u Austriji i Njemačkoj.

8 Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 41/01, 55/01, 76/10, 85/10.

9 Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, Narodne novine br. 19/13 (pročišćeni tekst)

10 Komunalno gospodarstvo je zajednički naziv za djelatnosti za koje je propisano da se obavljaju kao komunalne djelatnosti. O pojmu komunalnog gospodarstva više vidjeti kod Antić, T., op. cit., str. 22.-24. Komunalno gospodarstvo kao gospodarska grana značajno sudjeluje u ukupnom gospodarstvu Republike Hrvatske. Zapošljava oko 4% ukupno zaposlenih, ostvaruje oko 2% ukupnog prihoda gospodarstva te ima vrijednost oko 4% ukupne imovine gospodarstva Republike Hrvatske. Podaci dostupni na stranicama Hrvatske gospodarske komore http://www.hgk.hr/wp-content/blogs.dir/1/files_mf/1278079637komunalno_2009.pdf (posjećeno 23.7.2013.).

11 Borković, I., *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 16.

osobe koje obavljaju komunalne djelatnosti obvezne osigurati trajno i kvalitetno obavljanje tih djelatnosti, održavanje komunalnih objekata i uređaja u stanju funkcionalne sposobnosti, obavljanje komunalnih djelatnosti na načelima održivog razvoja te osigurati javnost rada.

2. ORGANIZACIJSKI OBLICI OBAVLJANJA KOMUNALNIH DJELATNOSTI

Iako, sukladno Ustavu Republike Hrvatske, Zakonu o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi te ZKG-u komunalne djelatnosti obavljaju jedinice lokalne samouprave, one nisu slobodne u izboru organizacijskog oblika obavljanja ovih djelatnosti. Komunalne djelatnosti danas se općenito obavljaju kroz jedan od tri organizacijska oblika: obavljanje komunalne službe pod neposrednim nadzorom lokalne uprave, osnivanje posebne pravne osobe za obavljanje komunalne službe te obavljanje komunalne službe od strane treće osobe.¹²

ZKG izričito propisuje organizacijske oblike obavljanja komunalnih djelatnosti, propisujući da komunalne djelatnosti mogu obavljati: 1. trgovačko društvo koje osniva jedinica lokalne samouprave, 2. javna ustanova koju osniva jedinica lokalne samouprave, 3. služba – vlastiti pogon koju osniva jedinica lokalne samouprave, 4. pravna i fizička osoba na temelju ugovora o koncesiji, 5. pravna i fizička osoba na temelju ugovora o povjeravanju komunalnih poslova.¹³

ZKG zasebno uređuje obavljanje komunalnih djelatnosti putem trgovačkih društava (čl. 7. ZKG-a), vlastitog pogona (čl. 8.–10. ZKG-a), davanjem koncesije (čl. 11.-14. ZKG-a) te na temelju ugovora o povjeravanju komunalnih poslova (čl. 15. ZKG-a).

2.1. Komunalna trgovačka društava kao organizacijski oblik

2.1.1. Odabir vrste trgovačkog društva i specifičnosti osnivanja

Najveći broj komunalnih djelatnosti u Republici Hrvatskoj obavljaju u tu svrhu osnovana trgovačka društva.¹⁴ Za trgovačka društva kao organizacijske oblike obavljanja komunalnih djelatnosti, ZKG-om je izričito propisano da njihov osnivač mora biti jedinica lokalne samouprave. To međutim ne znači da druga trgovačka društva ne mogu obavljati komunalne djelatnosti. Međutim, njima će biti potrebna, kao

12 Đerđa, D., *Problematika vlasništva objekata i uređaja komunalne infrastrukture u Republici Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46., br. 1., 2009., str. 172., gdje se poziva na Pavić, Ž., *Upravno-pravni aspekti urbanizacije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1988., str. 249. Sarvan, D., op. cit., str. 1071.

13 Čl. 4. st. 1. ZKG-a.

14 Đerđa, D., *Komunalne djelatnosti i pravo vlasništva na građevinskim objektima komunalne infrastrukture*, cit., str. 217., naglašava svijest vlada mnogih zemalja o činjenici da javni sektor ne može zadovoljiti rastuću potražnju za kvalitetom i kvantitetom pružanja usluga te infrastrukturom potrebnom za obavljanje ovih djelatnosti, pa nastoje stvoriti uvjete za ulazak privatnog sektora u poljima gdje se javni sektor pokazuje neuspješnim.

uvjet za obavljanje djelatnosti, posebna pravna osnova: ugovor o koncesiji ili ugovor o povjeravanju komunalnih poslova sklopljen s jedinicom lokalne samouprave.

Radi osiguranja trajnog i kvalitetnog obavljanja komunalnih djelatnosti, ZKG omogućava jedinicama lokalne samouprave **zajedničko obavljanje djelatnosti za više jedinica lokalne samouprave** tako da više jedinica lokalne samouprave mogu zajednički organizirati obavljanje komunalnih djelatnosti kroz organizacijske oblike propisane ZKG-om. Ujedno, jedinica lokalne samouprave koja nije u mogućnosti samostalno osigurati obavljanje komunalnih djelatnosti, odlukom svoga predstavničkog tijela obavljanje ovih poslova može povjeriti drugoj jedinici lokalne samouprave na području iste ili druge županije na temelju pisanog ugovora.¹⁵ Ako se sustav komunalne infrastrukture proteže na području više jedinica lokalne samouprave unutar jedne ili više županija, te čini jedinstvenu i nedjeljivu funkcionalnu cjelinu, jedinice lokalne samouprave **obvezne** su organizirati zajedničko obavljanje komunalnih djelatnosti putem trgovačkih društava koje osnivaju jedinice lokalne samouprave u svom suvlasništvu (čl. 4. st. 4. ZKG-a).¹⁶ Riječ je o kogentnoj odredbi ZKG-a za čiju je primjenu potrebno ispunjenje dvaju uvjeta: da se sustav komunalne infrastrukture proteže na području više jedinica lokalne samouprave unutar jedne ili više županija, te čini jedinstvenu i nedjeljivu funkcionalnu cjelinu.¹⁷

Dalje se odredbom čl. 7. ZKG-a zahtijeva da jedinica lokalne samouprave u komunalnom trgovačkom društvu drži većinski dio dionica odnosno udjela. Dakle, zahtijeva se kumulativno ispunjenje dvaju uvjeta: jedinica lokalne samouprave mora biti osnivač komunalnog društva i mora u njemu držati većinu dionica odnosno udjela. Iduće je pitanje, **mora li jedinica lokalne samouprave biti jedini osnivač komunalnog društva** ili suosnivač može biti i druga pravna ili fizička osoba? Iz formulacije ZKG-a zaključujemo da se jedinica lokalne samouprave mora pojaviti kao jedini osnivač komunalnog trgovačkog društva, osim u slučajevima iz čl. 4. st. 2.

15 Čl. 4. st. 3. ZKG-a.

16 Autorice ukazuju na neadekvatno korištenje pojma „suvlasništvo“, budući da trgovačka društva ne mogu biti u „suvlasništvu“. Ovdje bi bilo ispravnije govoriti o „držanju dionica/udjela“.

17 Sukladno odredbi čl. 35. Zakona o otocima, Narodne novine, br. 34/99, 149/99, 32/02, 33/06, na otoku koji ima dva ili više gradova, odnosno općina i na čijem se području proteže sustav komunalne infrastrukture koja čini jedinstvenu i nedjeljivu cjelinu, obalno-otočna županija kojoj pripada taj otok u okviru svojega samoupravnog djelokruga, te otočni i obalno-otočni gradovi i općine na tom otoku osiguravaju zajedničko obavljanje komunalnih djelatnosti što se odnose na skupljanje, odvoz i odlaganje komunalnog otpada, kao i vodoopskrbu, odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda, te zajednički organiziraju prijevoz putnika u javnom prijevozu na otoku. Uz te djelatnosti, obalno-otočna županija u okviru svoga samoupravnog djelokruga, te otočni i obalno-otočni gradovi i općine mogu na temelju odluka predstavničkog tijela gradova, odnosno općina, organizirati zajedničko obavljanje drugih djelatnosti od njihova interesa koje se smatraju komunalnima prema ZKG-u.

Na zajedničko obavljanje komunalnih djelatnosti osvrće se Sarvan, D., *Trgovačka društva i ustanove čiji je osnivač jedinica lokalne samouprave*, Informatore-male stranice, br. 5449-5450., 2006., str. 3., gdje zauzima stajalište da je *ratio legis* odredbe čl. 4. st. 4. očuvanje cjelovitosti sustav komunalne infrastrukture koji se proteže na području više jedinica lokalne samouprave. Isto stajalište zauzimaju i Tolić, V., Bolfek, B., Tokić, M., *Načini obavljanja komunalnih djelatnosti u sustavu komunalnog gospodarstva, Praktični menadžment*, vol. 2., br. 2., 2011., str. 103.

i st. 4. ZKG-a kada se kao osnivači može pojaviti više jedinica lokalne samouprave, odnosno kada se kao osnivači moraju pojaviti jedinice lokalne samouprave na čijem se području proteže sustav komunalne infrastrukture koji čini jedinstvenu i nedjeljivu funkcionalnu cjelinu.

Komunalno trgovačko društvo može biti osnovano kao dioničko društvo (d.d.) ili društvo s ograničenom odgovornošću (d.o.o.). Odabere li jedinica lokalne samouprave dioničko društvo kao organizacijski oblik, moguće ga je osnovati samo simultanim osnivanjem na koje se primjenjuju odredbe Zakona o trgovačkim društvima¹⁸ (dalje u tekstu: ZTD) kojima se uređuje simultano osnivanje društva (čl. 177.-194. ZTD-a). Sukcesivno osnivanje je isključeno.

Ako se komunalno društvo osniva u obliku društva s ograničenom odgovornošću, postupak osnivanja društva s ograničenom odgovornošću prilagođava se specifičnostima osnivača. Predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave donosi **odluku o osnivanju** koja zamjenjuje izjavu osnivača. Predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave je kolegijalno tijelo.¹⁹ Ako više jedinica lokalne samouprave osniva trgovačko društvo za obavljanje komunalnih djelatnosti, zbog ranije navedenih razloga, dvije jedinice lokalne samouprave **sklapaju društveni ugovor** kojega prihvaćaju predstavnička tijela tih jedinica lokalne samouprave donošenjem **odluke o prihvatanju društvenog ugovora**.²⁰

2.1.2. Obveza držanja većinskog udjela

Daljnji uvjet koji je nužan za obavljanje komunalnih djelatnosti u obliku komunalnog trgovačkog društva je držanje većinskog dijela dionica (odnosno udjela u d.o.o.-u) od strane jedinice lokalne samouprave. Iako će jedinica lokalne samouprave u pravilu biti jedini osnivač, ona može naknadno otuđiti dio poslovnih udjela, odnosno dionica tog komunalnog društva, ali pritom ne smije izgubiti većinski udio.

U pravu društava i u poslovnoj praksi trgovačkih društava u Republici Hrvatskoj većinski udio uobičajeno se povezuje s postojanjem više od 50% glasačkih prava u društvu o kojem je riječ, pri čemu se odnos glasačke snage u društvu najčešće podudara i s istovjetnom zastupljenošću u temeljnom kapitalu. No ta se dva postotka ne moraju nužno podudarati. Netko može imati većinski udio u temeljnom kapitalu, a da pritom nema većinski udio u odlučivanju, jer su primjerice izdane različite vrste dionica u kojima je različito dimenzionirano pravo glasa. Povlaštene dionice bez prava glasa dat će željeni udjel u temeljnom kapitalu, ali ne i udjel u glasačkim pravima. Taj je razmjer prisutan samo kod imatelja redovitih dionica. Kako ZKG nigdje izrijekom ne

18 Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 144/12, 68/13.

19 Temeljem čl. 35. st. 1. t. 5. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave osniva javne ustanove i druge pravne osobe za obavljanje gospodarskih, društvenih, komunalnih i drugih djelatnosti od interesa za jedinicu lokalne samouprave.

20 Čl. 387. ZTD-a. O radnjama tijela jedinice lokalne samouprave u postupku osnivanja komunalnog trgovačkog društva vidjeti više kod Sladoljev, K., Postupak osnivanja trgovačkog društva za komunalne djelatnosti u suvlasništvu više jedinica lokalne samouprave, Pravo i porezi, br. 9., 2002., str. 55.-57.

zabranjuje izdavanje različitih vrsta dionica smatramo da se postotak sudjelovanja u temeljnom kapitalu i postotak držanja glasačkih prava mogu razlikovati.

S druge strane, držanje većinskog udjela ili većinskog prava u odlučivanju ne mora uvijek biti povezano s držanjem bloka od barem 50% glasačkih prava u društvu u kojem je riječ. Ako primjerice društvo stekne svoje vlastite dionice, glasačka prava iz tih dionica miruju,²¹ pa se onda većinski udio smanjuje za onaj postotak koliki je postotak vlastitih dionica koje društvo drži. ZKG ne zabranjuje stjecanje vlastitih dionica, od strane komunalnog društva, stoga je taj scenarij izvediv.²²

Iduće je pitanje obuhvaća li držanje udjela u komunalnom društvu samo, tzv. izravno držanje (jedinica lokalne samouprave upisana je u knjigu dioničara) ili dolaze u obzir i razni drugi oblici neizravnog držanja. Primjerice, jedinica lokalne samouprave založila je predmetne dionice, radi pribavljanja kredita, ali je ona ta, a ne založni vjerovnik koja izvršava glasačka prava. Ili je jedinica lokalne samouprave ta koja je prenijela dionice nekom drugom društvu kojeg ona kontrolira. Kako bi se utvrdilo ima li jedinica lokalne samouprave većinski udjel u komunalnom društvu, postavlja se pitanje uračunavaju li se njoj i takva držanja dionica, putem osoba koje ona kontrolira. Pravo društava, a osobito pravo tržišta kapitala poznaju razne neizravne oblike držanja dionica, te su točno precizirani uvjeti kome se dionice koje se drže neizravno pribrajaju i o čemu to ovisi. S dinamiziranjem korporativne strukture na način da se jedinici lokalne samouprave dopusti da nudi drugima dionice iz svog osnivačkog portfelja, može se postići ostvarenje raznih osnivačkih ciljeva, među inima i pribavljanje prihvatljivih izvora financiranja, a opet do mjere da većinski udio ne bude doveden u pitanje. Taj ulazak modernog oblika gospodarenja u jedinice lokalne samouprave moguć je i potreban, jer dionice tih društava mogu poslužiti i kao vrijedan predmet osiguranja tražbine, što omogućuje učinak financijske poluge.

Ako su u pitanju udjeli društava s ograničenom odgovornošću, s obzirom na to da isti nisu vrijednosni papiri, njihova je prometljivost manja, pa je onda put do ostvarenja naprijed navedenih ciljeva različit nego kod dioničkog društva. Društvo s ograničenom odgovornošću ne može izdavati svoje udjele u obliku vrijednosnih papira, ali može izdavati obveznice, pa je to također jedan od mogućih putova financiranja tog društva, iako se najčešće kao emitenti obveznica pojavljuju same jedinice lokalne samouprave.

Propisavši „većinski dio dionica, odnosno udjela“ kao relevantan i kogentan zakonodavac se nije odlučio za financijski manje zahtjevan, ali još uvijek dovoljno učinkoviti, tzv. kontrolni udio.²³ Radi se o postotnom udjelu od 25% glasačkih prava,

21 Čl. 235. ZTD-a.

22 Stjecanje vlastitih dionica uređeno je čl. 233. ZTD-a.

23 U doktrini se kontrola najčešće definira kao držanje određenoga postotka glasačkih prava u društvu čime se utječe na donošenje ključnih odluka, kojima se može posredno ili neposredno utjecati na poslove društva. Parać, Z., *Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava*, Pravo u gospodarstvu, god. 42., svezak 4., srpanj, 2003., str. 45., Petrović, S., *Pripajanje dioničkih društava i druge koncentracije u pravu društava* (doktorska disertacija), Pravni fakultet u Zagrebu, 1998., str. 103., Kocbek, M., Plavšak, N., Pšeničnik, D., *Zakon o prevzemih* (ZPre-1), GV Založba, Ljubljana, 2006., str. 23., Van Gerven, D., *Common Legal Framework for Takeover Bids in Europe*, Volume I, Cambridge University Press, 2008., str. 16., Nenova, T.,

koji omogućava onome koji ima taj postotak kontrolu nad društvom, tako da taj dioničar postaje, tzv. *blocking minority*, odnosno postaje onaj dioničar bez čije se privole ne može donijeti niti jedna važnija odluka u društvu. Međutim to nije dioničar koji ima većinu glasova. Ako je riječ o dioničkim društvima čije dionice kotiraju na burzi, već je i taj postotni udio okidač koji nalaže imatelju tog bloka dionica da objavi ostalim dioničarima ponudu za preuzimanje njihovih dionica. Za ulagatelje na tržištu kapitala okolnost da je netko postao *controlling shareholder*, znak je da se glasačka moć počinje koncentrirati u rukama jednog dioničara ili dioničara s kojima on zajednički djeluje, pa je to ujedno i razlog zbog kojeg taj dioničar koji zadobiva kontrolu mora ponuditi mogućnost izlaska svim ostalim dioničarima iz društva kroz ponudu za preuzimanje.

Zasebno je pitanje isključenja prava glasa dioničara odnosno člana društva, odnosno u konkretnom slučaju nemogućnost glasovanja jedinice lokalne samouprave na glavnoj skupštini (skupštini) društva. ZTD u čl. 293. izričito propisuje da nitko ne može ostvarivati pravo glasa za sebe ni za koga drugoga kad se odlučuje hoće li mu se dati razrješenica, o njegovu oslobođenju od neke obveze ili o ostvarenju zahtjeva kojega društvo ima prema njemu. Dakle, ako bi se na glavnoj skupštini komunalnog trgovačkog društva donosila odluka o oslobođenju od obveze jedinice lokalne samouprave koju ona ima prema komunalnom društvu ili pak odluka o ostvarenju zahtjeva kojega komunalno društvo ima prema jedinici lokalne samouprave, jedinici lokalne samouprave kao dioničaru društva bilo bi isključeno pravo glasa. Društvo statutom ne bi moglo proširiti razloge za isključenje prava glasa na glavnoj skupštini.²⁴

Ako bi komunalno društvo bilo ustrojeno kao d.o.o., temeljem odredbe čl. 445. st. 5. ZTD-a na skupštini ne može o odluci glasovati osoba kojoj se tom odlukom pribavlja neka korist ili se oslobađa neke obveze. Isto vrijedi i kada se odlučuje o pravnome poslu između člana i društva te o pokretanju ili rješenju spora među njima. Glasuje li dioničar, odnosno član (jedinica lokalne samouprave) na glavnoj skupštini (skupštini) komunalnog trgovačkog društva kada je njegovo pravo glasa isključeno, tako dani glas je ništetan, što bi imalo za posljedicu mogućnost pobijanja donesene odluke.²⁵ Međutim, ako bi sve dionice ili udjele držala jedinica lokalne samouprave odredbe o isključenju prava glasa se ne bi primjenjivale, budući da bi njihova primjena dovela do nemogućnosti donošenja ovih odluka na glavnoj skupštini (skupštini) društva.²⁶

2.2 Položaj trgovačkih društava u obavljanju djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje

Sukladno odredbama ZKG-a pod opskrbom pitkom vodom podrazumijevali su

The value of corporate voting rights and control: A cross-country analysis, *Journal of Financial Economics*, vol. 68., 2003., str. 325.

24 Vidi čl. 173. st. 4. ZTD-a.

25 Isto stajalište zauzima i Barbić, J., *Pravo društava, Društva kapitala, Organizator*, Zagreb, 2010., str. 555.

26 *Ibid.*, str. 550., gdje se poziva na Hüffer, U., *Aktiengesetz*, München, 2006., str. 762.

se poslovi zahvaćanja, pročišćavanja i isporuke vode za piće, dok se pod odvodnjom i pročišćavanjem otpadnih voda podrazumijeva odvodnja i pročišćavanje otpadnih voda, odvodnja atmosferskih voda, te crpljenje, odvoz i zbrinjavanje fekalija iz septičkih, sabirnih i crnih jama.²⁷

Pored uvjeta koji su ZKG-om propisani za organizacijske oblike obavljanja komunalnih djelatnosti, za djelatnosti opskrbe pitkom vodom, odvodnje i pročišćavanje otpadnih voda istim se Zakonom davala mogućnost obavljanja ovih djelatnosti i trgovačkom društvu u pretežnom vlasništvu²⁸ države, odnosno županije, kada se ta djelatnost obavljala za područje ili dijelove područja više jedinica lokalne samouprave putem magistralnih sustava u vlasništvu toga društva, a uvjeti i način obavljanja tih poslova utvrđivali su se ugovorom s jedinicom lokalne samouprave (čl. 5. ZKG-a). Ova zakonska odredba otvarala je pitanje što se to smatralo „prežitim vlasništvom“ države odnosno županije? Vjerojatno se mislilo na većinski udio o kojem sada govori zakon.

Godine 2009. donesen je novi Zakon o vodama²⁹ (dalje u tekstu: ZOV) kojim se značajno zadire u uređenje obavljanja djelatnosti opskrbe pitkom vodom, odvodnje i pročišćavanje otpadnih voda. Naime, ZOV koji je stupio na snagu 1. siječnja 2010. godine³⁰ stavio je izvan snage odredbe ZKG-a u dijelu koji se odnosi na obavljanje ove komunalne djelatnosti.³¹

U bitnome su izmijenjene odredbe ZOV-a kojima se uređuje obavljanje djelatnosti opskrbe pitkom vodom, odvodnje i pročišćavanje otpadnih voda i to prvenstveno pitanja pravnog statusa i predmeta poslovanja isporučitelja vodnih usluga. Novi ZOV govori o djelatnostima javne vodoopskrbe i javne odvodnje pri čemu pod **javnom vodoopskrbom** podrazumijeva djelatnost zahvaćanja podzemnih i površinskih voda namijenjenih ljudskoj potrošnji i njihova kondicioniranja te isporuka do krajnjega korisnika ili do drugoga isporučitelja vodne usluge, ako se ti poslovi obavljaju putem građevina javne vodoopskrbe te upravljanje tim građevinama.³² Pod **javnim odvodnjom** podrazumijeva se djelatnost skupljanja otpadnih voda, njihova dovođenja do uređaja za pročišćavanje, pročišćavanja i izravnoga ili neizravnoga ispuštanja u površinske vode, obrade mulja koji nastaje u procesu njihova pročišćavanja, ako se ti poslovi obavljaju putem građevina javne odvodnje te upravljanje tim građevinama. Javna odvodnja uključuje i crpljenje i odvoz otpadnih voda iz septičkih i sabirnih jama.³³

ZOV iz 2009. godine izmijenjen je novelom iz 2013. godine.³⁴ Osnovni cilj

27 Čl. 3. st. 2. i 3. ZKG-a.

28 Autorice i ovdje naglašavaju nužnost izmjene korištenoga pojma „vlasništva“ nad trgovačkim društvom.

29 Zakon o vodama, Narodne novine, br. 153/09.

30 Zakon je izmijenjen 2011. godine dva puta i to Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o poljoprivrednom zemljištu, Narodne novine, br. 63/11 i Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o vodama, Narodne novine, br. 130/11.

31 Čl. 258. st. 1. ZOV-a.

32 Čl. 3. st. 1. t. 29. ZOV-a.

33 Čl. 3. st. 1. t. 28. ZOV-a.

34 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o vodama, Narodne novine, br. 56/13.

donošenja novih odredaba usklađivanje je hrvatskoga pravnog poretka s pravnom stečevinom EU-a iz područja vodnog gospodarstva, prvenstveno s Okvirnom Direktivom o vodama³⁵ te usklađivanje sa Zakonom o općem upravnom postupku³⁶ i Zakonom o koncesijama.³⁷ Novela ZOV-a iz 2013. godine stupila je na snagu 18. svibnja 2013. godine.

2.2.1. Pravni status javnog isporučitelja vodnih usluga

Sukladno ZOV-u djelatnost javne vodoopskrbe i javne odvodnje obavljaju **javni isporučitelji vodne usluge** koji su izričitim zakonskom odredbom donesenom 2009. godine bili određeni kao trgovačko društvo ili ustanova u kojem udjele, odnosno dionice u temeljnom kapitalu, odnosno osnivačko pravo imaju isključivo jedinice lokalne samouprave.³⁸ Ova je odredba izmijenjena novelom ZOV-a iz 2013. godine tako da je javni isporučitelj vodnih usluga javne vodoopskrbe ili javne odvodnje **trgovačko društvo u kojem sve udjele, odnosno dionice u temeljnom kapitalu imaju jedinice lokalne samouprave ili trgovačka društva u kojima sve udjele, odnosno dionice u temeljnom kapitalu izravno imaju jedinice lokalne samouprave, odnosno ustanova kojoj je osnivač jedinica lokalne samouprave.**³⁹

Dakle, sukladno noveli ZOV-a iz 2013. godine, **osnivači javnog isporučitelja vodnih usluga** mogu biti isključivo **jedinice lokalne samouprave ili trgovačko društvo** u kojem sve udjele, odnosno dionice u temeljnom kapitalu izravno imaju jedinice lokalne samouprave odnosno **ustanova** kojoj je osnivač jedinica lokalne samouprave.⁴⁰ Navedenom je odredbom proširen model osnivanja javnih isporučitelja vodnih usluga. Dok je prema ranijem ZOV-2009 osnivačko pravo imala samo jedinica lokalne samouprave sada je proširen krug osoba koje su nositelji toga prava. Međutim, javni isporučitelj vodnih usluga sukladno ZOV-2009 mogla je biti i ustanova čiji je osnivač jedinica lokalne samouprave, dok prema novom uređenju ona ima pravo osnovati trgovačko društvo koje će obavljati djelatnosti javne vodoopskrbe i javne

35 Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy (Water Framework Directive), OJ L 327, 22.12.2000., str. 1.-73. Plan provedbe vodno-komunalnih direktiva koji sadrži aktivnosti i rokove za provedbu ovih direktiva dostupan je na <http://www.voda.hr/ppvkd/Dokumenti/PLAN%20PROVEDBE%20VODNO-KOMUNALNIH%20DIREKTIVA%20-%20HRVATSKI.pdf> (posjećeno 24. 07. 2013.).

36 Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/09.

37 Zakon o koncesijama, Narodne novine, br. 143/12.

38 Čl. 202. st. 1. ZOV-a. Godine 2009. za obavljanje vodoopskrbe djelatnosti bilo je registrirano 135 trgovačkih društava. Više podataka dostupno u Ekonomsko financijski aspekti provedbe vodno-komunalnih direktiva, Ekonomski institut, Zagreb, dostupno na: http://www.voda.hr/ppvkd/Dokumenti/Ekonomsko-financijski_aspekti_provedbe_vodno-komunalnih_direktiva_Sazetak.pdf (posjećeno 24.7.2013.).

39 Čl. 101. ZOV-2013.

40 Iznimno jedinica područne (regionalne) samouprave može biti osnivač javnih isporučitelja vodnih usluga koji isporučuje vodu namijenjenu ljudskoj potrošnji isključivo drugim isporučiteljima vodnih usluga. U tom slučaju jedinica područne (regionalne) samouprave ima ovlasti i obveze koje po ZOV-u ima jedinica lokalne samouprave u djelatnostima javne vodoopskrbe (čl. 204. ZOV-a).

odvodnje.

Sukladno odredbi čl. 202. st. 3. ZOV-a **stekne li treća osoba poslovni udio, dionice** ili osnivačka prava u javnom isporučitelju vodnih usluga, javnom isporučitelju vodnih usluga **prestaje pravni status** javnog isporučitelja vodnih usluga i pravo obavljati djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje.

Zakonodavac je isporučiteljima usluga javne vodoopskrbe i javne odvodnje dao **prijelazno razdoblje od jedne godine** od stupanja na snagu Pravilnika o posebnim uvjetima za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe,⁴¹ dakle do 16. ožujka 2012. godine za usklađivanje pravnog statusa.⁴² Novelom ZOV-a iz 2013. godine produžen je rok za usklađenje pravnog statusa isporučitelja vodnih usluga s donesenim odredbama **do 31. prosinca 2013. godine.**

Izričitom zakonskom odredbom čl. 201. st. 2. ZOV-a jedinice lokalne samouprave mogu drugim pravnim i fizičkim osobama dati koncesiju za javne usluge i javne radove. Osnovno je pravilo da se **koncesija** za javne usluge i javne radove **ne daje za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje.**⁴³ Međutim, **iznimno** pravna osoba može koncesijom steći pravo pružanja javne usluge **pročišćavanja otpadnih voda** i/ili pravo izvođenja ili **projektiranja i izvođenja radova** u djelatnosti pročišćavanja otpadnih voda te pravna ili fizička osoba može koncesijom steći pravo pružanja javne usluge **pražnjenja i odvoza otpadnih voda** iz septičkih i sabirnih jama. Ujedno, pravna ili fizička osoba može koncesijom steći pravo pružanja usluge **javnoga navodnjavanja** i/ili pravo izvođenja ili **projektiranja i izvođenja radova** u djelatnosti javnoga navodnjavanja. Na temelju odredbi ZOV-a ne daje se koncesija za javne usluge, niti za javne radove koji uključuju gospodarsko korištenje voda iz čl. 163. st. 1. t. 1. i 2. ZOV-a.⁴⁴

Zakonodavac zasebno uređuje položaj osoba koje isporučuju vodnu uslugu javne vodoopskrbe na temelju ZKG-a, a koje nisu javni isporučitelj vodne usluge na temelju dobivene koncesije za javne usluge i javne radove. Zakonom iz 2009. godine u prijelaznim i završnim odredbama bilo je propisano da oni nastavljaju obavljati djelatnost javne vodoopskrbe do isteka akta kojim im je pravo na obavljanje te djelatnosti povjereno. Međutim, novela ZOV-a iz 2013. godine propisuje da oni nastavljaju obavljati djelatnost javne vodoopskrbe **do 31. ožujka 2015. godine.**

Iz odredaba ZOV-a donesenih 2009. godine proizlazi da se djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje **ne mogu obavljati putem pogona jedinica lokalne samouprave**, što je bilo moguće prije donošenja tih odredaba, primjenom ZKG-a.

Odredbama čl. 258. st. 2. ZOV-2009 jedinice lokalne samouprave u kojima je obavljanje komunalnih djelatnosti opskrbe pitkom vodom, odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda bilo ustrojeno sukladno ZKG-u, bile su dužne uskladiti obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje s odredbama ZOV-2009 u roku od

41 Pravilnik o posebnim uvjetima za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe, Narodne novine, br. 28/11.

42 Čl. 258. st. 3. ZOV-2009.

43 Koncesija za javne usluge i javne radove uređena je čl. 171. ZOV-a.

44 Čl. 163. st. 1. t. 1. i 2. ZOV-a propisuje: "Koncesija za korištenje voda potrebna je za: 1. korištenje vodne snage radi proizvodnje električne energije, 2. korištenje vodne snage za pogon uređaja, osim proizvodnje električne energije...".

dvije godine od njegovog stupanja na snagu, dakle do 1. siječnja 2012. godine.

2.2.2. *Predmet poslovanja javnog isporučitelja vodne usluge*

Godine 2009. unosi se još jedna značajna novina u obavljanju djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje. Izričito se propisuje da javni isporučitelj vodne usluge **ne može obavljati druge djelatnosti, osim djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje** (čl. 202. st. 2. ZOV-a).

Dalje zakonodavac izričito propisuje sankciju za nepostupanje u skladu s donesenom odredbom na način da javnom isporučitelju vodne usluge prestaje pravni status javnoga isporučitelja vodnih usluga i pravo obavljati djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje. Zakonodavac je propisao rok od jedne godine od stupanja na snagu Pravilnika o posebnim uvjetima za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe,⁴⁵ dakle do 16. ožujka 2012. godine za usklađivanje pravnog statusa i predmeta poslovanja javnih isporučitelja vodne usluge.⁴⁶ Međutim, zakonodavac kao posebnu kategoriju izdvaja isporučitelje komunalnih usluga u djelatnostima opskrbe pitkom vodom, odvodnje i pročišćavanje otpadnih voda čiji je pravni status uređen sukladno ZKG-u i koji obavljaju i druge komunalne djelatnosti sukladno ZKG-u. Toj je kategoriji isporučitelja dan **rok od tri godine** od stupanja na snagu ZOV-2009 za isključenje drugih komunalnih djelatnosti iz svog predmeta poslovanja. Dakle oni su to bili dužni učiniti do 1. siječnja 2013. godine.⁴⁷ Međutim, novelom ZOV-a iz 2013. godine produžen je rok za usklađenje pravnog statusa i predmeta poslovanja svih isporučitelja vodnih usluga s donesenim odredbama **do 31. prosinca 2013. godine.**

Zakonodavac izričito odredbom čl. 258. st. 5. ZOV-2009 kao i odredbom čl. 145. novele ZOV-a iz 2013. godine propisuje da se na vodoopskrbnom području ili aglomeraciji tih isporučitelja, **neće** iz sredstava državnoga proračuna, naknade za korištenje voda i naknade za zaštitu voda, **sufinancirati** projektiranje, građenje, rekonstrukciju ili sanaciju komunalnih vodnih građevina, **ako isporučitelji komunalnih usluga** u djelatnostima opskrbe pitkom vodom, odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda **ne usklade svoj pravni status i predmet poslovanja** s odredbama ZOV-a.⁴⁸

Novina koju je donijela novela ZOV-a iz 2013. godine širenje je djelatnosti isporučitelja vodnih usluga tako da oni sada mogu obavljati djelatnost ispitivanja zdravstvene ispravnosti vode za piće za vlastite potrebe, izvođenja priključaka iz čl. 212. st. 2. ZOV-a, umjeravanja vodomjera i proizvodnje energije za vlastite potrebe ako ispunjavaju uvjete iz posebnih propisa. Ujedno, isporučitelj vodnih usluga javne odvodnje koji posjeduje vodopravnu dozvolu za ispuštanje otpadnih voda ili rješenje o objedinjenim uvjetima zaštite okoliša i koji upravlja građevinama za javnu odvodnju i/ili uređajem za pročišćavanjem otpadnih voda s prihvatnim opterećenjem većim

45 Pravilnik o posebnim uvjetima za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe, Narodne novine, br. 28/11.

46 Čl. 258. st. 3. ZOV-2009.

47 Čl. 258. st. 4. ZOV-2009.

48 Sukladno čl. 23. ZOV-a komunalne vodne građevine vlasništvo su javnog isporučitelja vodne usluge.

od 100 000 ekvivalent stanovnika (ES) dužan je obavljati i djelatnost uzorkovanja i ispitivanja kakvoće vlastitih otpadnih voda ako ispunjava uvjete iz posebnih propisa.⁴⁹

Za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje pravne osobe koje imaju status javnih isporučitelja vodne usluge moraju ispunjavati posebne uvjete tehničke opremljenosti te brojnosti i stručnosti zaposlenika.⁵⁰ Navedeni se uvjet više ne traži za upis tih djelatnosti u sudski registar, što se zahtijevalo do stupanja na snagu novele ZOV-a iz 2013. godine.

3. NUŽNOST RESTRUKTURIRANJA TRGOVAČKIH DRUŠTAVA U OBAVLJANJU DJELATNOSTI OPSKRBE PITKOM VODOM, ODVODNJE I PROČIŠĆAVANJE OTPADNIH VODA

Zadiranje u pitanje pravnoga statusa i predmeta poslovanja javnih isporučitelja vodne usluge donošenjem ZOV-a 2009. godine te izmjene i dopune ZOV-a 2013. godine nametnulo je nužnost njihova restrukturiranja. Za pitanje restrukturiranja komunalnih trgovačkih društava koji obavljaju djelatnost javne vodoopskrbe i javne odvodnje relevantne su odredbe čl. 201., 202. i 258. ZOV-a, odredbe ZKG-a i ZTD-a.

Temeljem noveliranog čl. 202. st. 1. ZOV-a u trgovačkom društvu koje je javni isporučitelj vodnih usluga sve udjele, odnosno dionice moraju držati jedinice lokalne samouprave ili trgovačka društva u kojima sve udjele, odnosno dionice u temeljnom kapitalu izravno imaju jedinice lokalne samouprave, odnosno ustanova kojoj je osnivač jedinica lokalne samouprave. Dva potonja oblika držanja podrazumijevaju držanje putem osobe koju „kontrolira“ jedinica lokalne samouprave. Novela ZOV-a iz 2013. godine određuje rok za usklađenje pravnog statusa isporučitelja ovih usluga do 31. prosinca 2013. godine. Za objašnjenje primjenjivog oblika restrukturiranja potrebno je krenuti od odredaba ZKG-a te uzeti u obzir ZOV iz 2009. godine koji je stavio izvan snage odredbe ZKG-a kojima se uređuje pružanje vodnih usluga.

Sukladno odredbama ZKG-a, komunalne djelatnosti mogu obavljati razni subjekti na nekoliko osnova:

- trgovačko društvo koje osniva jedinica lokalne samouprave,
- javna ustanova koju osniva jedinica lokalne samouprave,
- služba – vlastiti pogon koju osniva jedinica lokalne samouprave,
- pravna i fizička osoba na temelju ugovora o koncesiji te pravna i
- fizička osoba na temelju ugovora o povjeravanju komunalnih poslova.

Kada komunalnu djelatnost obavlja trgovačko društvo, jedinica lokalne samouprave u njemu mora držati većinski dio dionica, odnosno udjela.⁵¹ Ujedno, sukladno odredbi čl. 5. ZKG-a, komunalnu djelatnost opskrbe pitkom vodom, odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda može obavljati i trgovačko društvo u pretežitom vlasništvu države, odnosno županije, kada se ta djelatnost obavlja za područje ili

49 Čl. 202. st. 4. i 5. ZOV-a.

50 Posebni uvjeti propisani su Pravilnikom o posebnim uvjetima za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe, Narodne novine, br. 28/11, koji je stupio na snagu 16. ožujka 2011. godine. Ispunjenje uvjeta utvrđuje Ministarstvo rješenjem u upravnom postupku.

51 Čl. 7. ZKG-a.

dijelove područja više jedinica lokalne samouprave putem magistrálnih sustava u vlasništvu toga društva, a uvjeti i način obavljanje tih poslova utvrđuju se ugovorom s jedinicom lokalne samouprave. Dakle, za obavljanje komunalnih djelatnosti od strane trgovačkih društava zahtijeva se kumulativno ispunjenje dvaju uvjeta: osnivač komunalnog trgovačkog društva mora biti jedinica lokalne samouprave koja u njemu mora držati većinu dionica, odnosno udjela.

ZOV iz 2009. godine definira javnog isporučitelja vodnih usluga kao trgovačko društvo ili ustanovu u kojem udjele, odnosno dionice u temeljnom kapitalu, odnosno osnivačko pravo imaju isključivo jedinice lokalne samouprave. Dakle, za stjecanje svojstva javnog isporučitelja vodnih usluga zahtijeva se kumulativno ispunjenje dvaju uvjeta: prvi, osnivač mora biti jedinica lokalne samouprave te drugi, jedinica lokalne samouprave mora držati sve udjele odnosno dionice. Stjecanje dionica, poslovnih udjela ili osnivačkih prava u javnom isporučitelju vodnih usluga sankcionirano je prestankom statusa javnoga isporučitelja vodnih usluga i prava obavljati djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje.

Iznesenim odredbama može se govoriti o dva scenarija restrukturiranja kako bi došlo do usklađivanja s (novim) zahtjevima za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje. U prvu skupinu spadala bi društva koja su obavljala komunalnu djelatnost opskrbe pitkom vodom, odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda prema ZKG-u, a koja nisu uskladila svoj status s odredbama ZOV-a. Drugom skupinom bila bi obuhvaćena ona trgovačka društva koja su uskladila svoj status sa ZOV-om ili su osnovana sukladno ZOV-u iz 2009. godine. Ujedno treba istaknuti da sukladno ZOV-u iz 2009. godine, a što novela iz 2013. godine nije izmijenila, već samo nadopunila, javni isporučitelji vodnih usluga ne mogu obavljati druge djelatnosti, osim javne vodoopskrbe i javne odvodnje. Stoga, **pored potrebe usklađivanja pravnog statusa, javni isporučitelji vodne usluge moraju uskladiti i svoj predmet poslovanja**. Dakle, ako obavljaju i druge komunalne djelatnosti dužni su te djelatnosti isključiti iz svoga predmeta poslovanja. ZOV iz 2009. godine odredio je rok do 1. siječnja 2013. godine koji je produžen novelom iz 2013. godine do 31. prosinca 2013. godine.

3.1. Trgovačka društva koja su obavljala komunalnu djelatnost opskrbe pitkom vodom, odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda prema ZKG-u, a koja nisu uskladila svoj pravni status i predmet poslovanja s odredbama ZOV-a

I ZKG i ZOV zahtijevaju da osnivač komunalnog trgovačkog društva bude jedinica lokalne samouprave. Međutim, ZKG propisuje da jedinica lokalne samouprave mora držati većinu dionica, odnosno udjela u komunalnom trgovačkom društvu. **Sukladno ZOV-u sve dionice odnosno udjeli javnog isporučitelja vodne usluge moraju biti u rukama jedinica lokalne samouprave** ili trgovačkih društava u kojima sve udjele, odnosno dionice u temeljnom kapitalu izravno imaju jedinice lokalne samouprave, odnosno ustanova kojoj je osnivač jedinica lokalne samouprave. Dakle, imatelji dionica, odnosno udjela bit će dužni prenijeti svoje dionice, odnosno

udjele stjecateljima koji su izričito određeni zakonskom odredbom ZOV-a i koji će tako postati jedini članovi trgovačkog društva.⁵²

Dalje je bitno da su trgovačka društva dužna uskladiti svoj predmet poslovanja s odredbama ZOV-a. Moguće su situacije da oni sukladno ZKG-u obavljaju samo djelatnosti opskrbe pitkom vodom, odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda, ali uz te djelatnosti mogu obavljati i druge komunalne djelatnosti. Potrebno je istaknuti da novi ZOV sada govori o djelatnostima javne vodoopskrbe i javne odvodnje koje definira u čl. 3. st. 1. t. 28. i 29. ZOV-a, a koje su u skladu s odredbama Okvirne direktive o vodama.⁵³ U prvom slučaju, dakle ako trgovačka društva obavljaju samo djelatnosti opskrbe pitkom vodom, odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda, oni nastavljaju obavljati te djelatnosti, ako se ti poslovi obavljaju putem građevina javne vodoopskrbe odnosno javne odvodnje te ako društvo upravlja tim građevinama, naravno uz ispunjenje ranije navedenog uvjeta o držanju dionica (udjela) u društvu.⁵⁴ U drugom slučaju, dakle ako uz djelatnosti opskrbe pitkom vodom, odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda obavljaju i druge komunalne djelatnosti, primjerice održavanje čistoće, odlaganje komunalnog otpada i dr., oni će biti dužni isključiti iz svog predmeta poslovanja sve djelatnosti koje nisu obuhvaćene pojmom javne vodoopskrbe i javne odvodnje. *Argumentum a contrario*, ako žele zadržati obavljanje drugih komunalnih djelatnosti, dužni su iz svog predmeta poslovanja isključiti djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje.

3.1.1. Oblici restrukturiranja kada društvo zadržava obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje

Ako komunalna trgovačka društva imaju interes za obavljanjem djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje oni moraju iz svog predmeta poslovanja isključiti sve druge djelatnosti.

Oni mogu prenijeti te djelatnosti na one subjekte koji su ovlašteni na njihovo obavljanje. Ako se te djelatnosti doznaju trgovačkim društvima, može se raditi o prijenosu komunalnih djelatnosti na već postojeće trgovačko društvo ili na trgovačko društvo koje će se tek osnovati. Budući da prenošenje tih komunalnih djelatnosti zahtijeva i prenošenje određene infrastrukture za obavljanje te djelatnosti s aspekta prava društava bit će nužno provesti restrukturiranje komunalnog trgovačkog društva.

Prenošenje objekata komunalne infrastrukture,⁵⁵ koje će biti nužno učiniti s

52 Sarvan, D., Komunalne djelatnosti javna vodoopskrbe i javna odvodnja – preoblikovanje trgovačkih društava i pravno uređenje komunalne naknade, *Riznica*, br. 5., 2012., str. 60., gdje navodi primjer prijenosa udjela Istarske županije u temeljnom kapitalu Istarskog vodozaštitnog sustava d.o.o. Buzet na jedinice lokalne samouprave. Odluka o prijenosu poslovnih udjela Istarske županije u javnom isporučitelju vodnih usluga IVS – Istarski vodozaštitni sustav d.o.o. Buzet na jedinice lokalne samouprave u Istarskoj županiji objavljena je u Službenim novinama Istarske županije br. 18/11.

53 Čl. 2. Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy (Water Framework Directive), OJ L 327, 22.12.2000., str. 1.-73.

54 Vidi čl. 3. st. 1. t. 28. i 29. ZOV-a, a u svezi s čl. 201. ZOV-a.

55 Pod pojmom komunalne infrastrukture podrazumijevaju se objekti i uređaji komunalne

prenošenjem djelatnosti, otvara pitanje vlasništva nad tim objektima i uređajima. ZKG ne sadrži odredbe o vlasništvu nad objektima i uređajima komunalne infrastrukture.⁵⁶ O tomu postoje različita stajališta. Prema jednom, komunalni objekti i uređaji su vlasništvo trgovačkog društva koje obavlja komunalnu djelatnost, u kojima jedinica lokalne samouprave drži većinski dio dionica, odnosno udjela, dok su prema drugom shvaćanju, komunalni objekti i uređaji vlasništvo jedinice lokalne samouprave. Treće je stajalište da se radi o javnom dobru.⁵⁷ Za davanje odgovora na pitanje u čijem su vlasništvu objekti komunalne infrastrukture potrebno je krenuti od oblika komunalne djelatnosti koje obavlja trgovačko društvo. Dakle, za konkretnu problematiku usklađenja s odredbama ZOV-a, potrebno je voditi računa o komunalnim djelatnostima koje trgovačko društvo isključuje iz svog predmeta poslovanja. Primjerice, ako isključuje obavljanje komunalne djelatnosti održavanja groblja i krematorija, groblje je komunalni objekt u vlasništvu jedinice lokalne samouprave na čijem se području nalazi.⁵⁸

Restrukturiranje komunalnog trgovačkog društva može se provesti na nekoliko načina. Prvi način na koji bi se to moglo učiniti je provođenjem **statusne promjene podjele trgovačkog društva**. ZTD uređuje podjelu društava kapitala u Glavi VII.a (čl. 550.a-550.r).⁵⁹

Podjela se provodi razdvajanjem⁶⁰ i odvajanjem.⁶¹

infrastrukture kojima se obavljaju komunalne djelatnosti ili objekti i uređaji koji se koriste prilikom obavljanja ovih djelatnosti. Vidjeti više kod Đerđa, D., *Problematika vlasništva objekata i uređaja komunalne infrastrukture u Republici Hrvatskoj*, cit., str. 169.-171., gdje ističe propust hrvatskoga zakonodavca u određivanju opsega pojma objekata i uređaja komunalne infrastrukture. Istu problematiku ističe i Sarvan, D., *Pretvorba komunalnih poduzeća i vlasništvo objekata i uređaja komunalne infrastrukture*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 28., br. 1., 2007., str. 7.

56 ZKG u čl. 30. st. 4. propisuje obvezu predstavničkom tijelu jedinice lokalne samouprave na temelju Programa mjera za unaprjeđenje stanja u prostoru i potrebe uređenja zemljišta u skladu s postavkama dokumenata prostornog uređenja kao i u skladu s Planom razvojnih programa koji se donose na temelju posebnih propisa, donijeti Program gradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture za svaku kalendarsku godinu, a koji obvezatno sadrži: opis poslova s procjenom troškova za gradnju objekata i uređaja, te za nabavu opreme te iskaz financijskih sredstava potrebnih za ostvarivanje Programa s naznakom izvora financiranja djelatnosti.

57 Vidi više kod Đerđa, D., op. cit., str. 173., Sarvan, D., *Pretvorba komunalnih poduzeća i vlasništvo objekata i uređaja komunalne infrastrukture*, *Računovodstvo i financije*, br. 11., 2007., str. 121.-122., Sarvan, D., *Reforma komunalnoga gospodarstva – polazne premise de lege lata i de lege ferenda*, *Hrvatska pravna revija*, br. 10., 2009., str. 54., gdje ističu da je najveći broj infrastrukturnih objekata u vlasništvu komunalnih trgovačkih društava.

58 Čl. 2. Zakona o grobljima, *Narodne novine*, br. 19/98, 50/12.

59 Podjela je u europskom pravu uređena Šestom direktivom o podjeli društava kapitala iz 1982. godine, Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies, *OJ L 378, 31.12.1982.*, str. 47.-54.

60 Čl. 550.a st. 2. ZTD-a propisuje: "Razdvajanje se provodi istodobnim prijenosom svih dijelova imovine društva koje se dijeli, uz njegov prestanak bez provođenja likvidacije, na dva ili više novih društava koja se osnivaju radi provođenja razdvajanja (razdvajanje s osnivanjem) ili na dva ili više društava koja već postoje (razdvajanje s preuzimanjem)."

61 Čl. 550.a st. 3. ZTD-a propisuje: "Odvajanje se provodi prijenosom jednog ili više dijelova

Budući da kod podjele razdvajanjem dolazi do prestanka društva koje se dijeli, taj vid statusne promjene ne bi se mogao primijeniti na slučaj kada društvo nastavlja poslovati zadržavanjem djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje u svom predmetu poslovanja.

Ovisno o tomu prenosi li se imovina na jedno ili više novih društava koja se osnivaju radi provođenja odvajanja ili na jedno ili više društava koja već postoje razlikujemo **odvajanje s osnivanjem**, o čemu je riječ u prvom slučaju, od **odvajanja s preuzimanjem**, u drugom slučaju.

Međutim, podjelu je dopušteno provesti na način da se dijelovi imovine istodobno prenose na nova društva i na društva koja već postoje.⁶² Ovdje je potrebno voditi računa da to novo društvo, odnosno društvo koje već postoji, a na koje se prenosi obavljanje neke komunalne djelatnosti koje ne čine vodne usluge, mora ispunjavati uvjete koji su propisani za njihovo obavljanje.

Provedba restrukturiranja kroz **odvajanje s osnivanjem** dijelom ovisi o tome mogu li se odredbe ZKG-a o ovlaštenom osnivaču primijeniti „iznad“ odredbi ZTD-a o statusnoj promjeni. S obzirom na to da je nastanak društva kroz statusnu promjenu poseban oblik „osnivanja“ mogla bi se prihvatiti dopustivost tog podoblika. Međutim, u konačnici bi svi parametri (oblik, većinski ili 100% udjel) morali biti u granicama koje propisuju posebni zakoni (ZKG, ZOV).

Oblik podjele koji bi se mogao primijeniti u konkretnom slučaju je odvajanje s preuzimanjem.

Svakako valja imati na umu da dioničari ili imatelji udjela u komunalnom društvu koje se dijeli, dakle ono koje prenosi komunalne djelatnosti na drugo društvo, stječu udjele ili dionice u društvu preuzimatelju razmjerno udjelima koji su im pripadali u društvu koje se dijeli. Ovdje valja naglasiti uvjet propisan ZKG-om kojim se traži da jedinica lokalne samouprave u komunalnom društvu mora imati većinu dionica (udjela), dakle taj će uvjet morati biti ispunjen za valjano prenošenje djelatnosti statusnom promjenom podjele osnivanjem s preuzimanjem. Konkretno, jedinica lokalne samouprave morat će držati većinu dionica (udjela) u društvu preuzimatelju da bi to društvo moglo obavljati komunalne djelatnosti. Međutim, ZTD daje mogućnost društvima provesti podjelu tako da članovi društva koje se dijeli ne stječu udjele u novim društvima u istom omjeru kao što im pripadaju u društvu koje se dijeli. U tom slučaju odluka će biti valjana donesena samo ako su za nju dani glasovi koji predstavljaju najmanje 9/10 temeljnoga kapitala društva koje se dijeli (čl. 550.h. st. 3. ZTD). Ujedno, svaki član društva koji je na zapisnik izjavio protivljenje odluci o podjeli ima pravo od svih društava koja sudjeluju u podjeli, kao solidarnih dužnika, zahtijevati preuzimanje udjela koji bi mu na temelju podjele pripali u tim društvima, uz plaćanje primjerene otpremnine u novcu.⁶³

Podjela će se provesti na način da uprave, odnosno izvršni direktori društva koje se dijeli i društva preuzimatelja sklapaju **ugovor o podjeli i preuzimanju**, odnosno

imovine društva koje se dijeli, a da to društvo ne prestaje, na jedno ili više novih društava koja se osnivaju radi provođenja odvajanja (odvajanje s osnivanjem) ili na jedno ili više društava koja već postoje (odvajanje s preuzimanjem).”

62 Čl. 550.a st. 4. ZTD-a.

63 Čl. 550.j. ZTD-a.

izrađuju **plan podjele**, ako se provodi podjela s osnivanjem.⁶⁴

Ugovor se sklapa **u obliku javnobilježničke isprave**.⁶⁵ Zakonom je propisana obveza upravi, odnosno izvršnim direktorima društva koje se dijeli izraditi **izvješće o podjeli**.⁶⁶ Ugovor o podjeli i preuzimanju, odnosno plan podjele mora provjeriti **revizor podjele** kojega imenuje trgovački sud.⁶⁷ Svoje izvješće revizor upućuje upravi, odnosno izvršnim direktorima društva koje se dijeli i njegovom nadzornom, odnosno upravnom odboru, ako taj postoji u društvu.⁶⁸

Nadzorni, odnosno upravni odbor komunalnog trgovačkog društva koje se dijeli dužan je provjeriti ugovor o podjeli i preuzimanju, odnosno plan podjele, kao i reviziju podjele te o namjeravanoj podjeli izraditi pisano izvješće. Svoje **izvješće nadzorni, odnosno upravni odbor** upućuje **glavnoj skupštini d.d.-a, odnosno skupštini d.o.o.-a**. Ako društvo nema nadzorni odbor, uprava društva prosljeđuje skupštini društva izvješće revizora sa svojim primjedbama, ako ih ima. Skupština društva može izabrati posebno povjerenstvo koje će provjeriti ugovor o podjeli i preuzimanju (plan podjele) te reviziju podjele i o tomu sastaviti pisano izvješće.^{69 70}

Sukladno izričitoj zakonskoj odredbi, **prije sazivanja glavne skupštine** potrebno

64 Za sadržaj ugovora o podjeli i preuzimanju vidi čl. 550.b. st. 2. ZTD-a kojim se uređuje sadržaj plana podjele. Pored podataka koje ugovor o podjeli i preuzimanju mora sadržavati temeljem odredbe čl. 550.b. st. 2. ZTD-a, valja istaknuti da ZTD u čl. 550.r zahtijeva navođenje u ugovoru podatka od kada udjeli u društvima preuzimateljima njihovim novim imateljima daju pravo na sudjelovanje u dobiti tih društava.

65 Čl. 550.r st. 2. t. 1. ZTD-a.

66 Zakonom je u čl. 550.d. propisan sadržaj izvješća o podjeli. O izvješću uprava, odnosno izvršni direktori odlučuju onako kao i inače odlučuju o vođenju poslova društva, ako za donošenje odluke o tom izvješću u statutu (društvenom ugovoru) nije propisan poseban način odlučivanja, primjerice da se o tome odlučuje jednoglasno. Barbić, J., op. cit., str. 1459.

Ovo se izvješće ne mora izraditi ako članovi u novim društvima dobivaju udjele u istom omjeru, kao što su im pripadali u društvu koje se dijeli, ili ako svi imatelji udjela dadu izričitu izjavu u obliku javnobilježničke isprave o tome da se odriču izvješća o podjeli. Izričitu izjavu zamjenjuje jednoglasna odluka glavne skupštine d.d.-a ili jednoglasna odluka skupštine d.o.o.-a, zabilježena u javnobilježničkom zapisniku, o tomu da se uprava oslobađa obveze izrade izvješća o podjeli, ali samo ako su na skupštini društva koje se dijeli sudjelovali svi članovi društva koje se dijeli (čl. 550.d ZTD-a).

67 Čl. 550.e ZTD-a.

68 Revizija podjele nije potrebna ako članovi u novim društvima dobivaju udjele u istom omjeru kao što su im pripadali u društvu koje se dijeli, ili ako svi imatelji udjela u obliku javnobilježničke isprave daju izričitu izjavu o tomu da se odriču revizije podjele. Izričitu izjavu zamjenjuje jednoglasna odluka glavne skupštine d.d.-a ili jednoglasna odluka skupštine d.o.o.-a, zabilježena u javnobilježničkom zapisniku, o tomu da se članovi društva odriču revizije podjele, ali samo ako su na skupštini društva koje se dijeli sudjelovali svi članovi društva koje se dijeli (čl. 550.e ZTD-a).

69 Čl. 550.f. ZTD-a.

70 Izvješće nije potrebno ako članovi u novim društvima dobivaju udjele u istom omjeru kao što su im pripadali u društvu koje se dijeli, ili ako svi imatelji udjela u obliku javnobilježničke isprave daju izričitu izjavu o tomu da se odriču toga izvješća. Izričitu izjavu zamjenjuje jednoglasna odluka glavne skupštine d.d.-a ili jednoglasna odluka skupštine d.o.o.-a, zabilježena u javnobilježničkom zapisniku, o tomu da se nadzorni, odnosno upravni odbor oslobađa obveze izrade izvješća o podjeli, ali samo ako su na skupštini društva koje se dijeli sudjelovali svi članovi društva koje se dijeli (čl. 550.f. st. 3. ZTD-a).

je ugovor o podjeli i preuzimanju (plan podjele) dostaviti u sudski registar na čijem je području sjedište komunalnog trgovačkog društva koje se dijeli.⁷¹ Jedno od temeljnih upravljačkih prava u društvu je **pravo dioničara na obaviještenost** koje zakonodavac štiti na način da propisuje obvezu društvu staviti na uvid dioničarima isprave koje su značajne za donošenje odluke o podjeli i to istodobno s objavom sazivanja glavne skupštine društva.⁷² Ako nakon sklapanja ugovora o podjeli i preuzimanju, a prije dana održavanja glavne skupštine, odnosno skupštine komunalnog trgovačkog društva koje se dijeli na kojoj se donosi odluka o podjeli, dođe do bitne promjene imovine i obveza toga društva, uprava, odnosno izvršni direktori društva koje se dijeli moraju o tomu obavijestiti uprave, odnosno izvršne direktore svih društava preuzimatelja, kako bi o toj promjeni mogli izvijestiti svoje skupštine.⁷³

Odluku o podjeli društva donosi glavna skupština, odnosno skupština komunalnog trgovačkog društva koje se dijeli na način kako je to ZTD-om ili statutom, odnosno društvenim ugovorom (odlukom o osnivanju) predviđeno za donošenje odluke o izmjeni statuta odnosno društvenog ugovora. Bila bi valjana statutarna odredba odnosno odredba u društvenom ugovoru kojom bi se predvidjelo da je za donošenje odluke o podjeli potrebna veća većina ili ako se traži ispunjenje dodatnih pretpostavki. Novelom ZTD-a iz 2012. godine dodana je odredba kojom je propisano da ako su društva preuzimatelji jedini dioničari društva koje se dijeli, ugovor o podjeli i preuzimanju ne treba odobriti glavna skupština, odnosno skupština d.o.o.-a koje se dijeli (čl. 550.r st. 3. ZTD).

Ako se podjela provodi tako da članovi društva koje se dijeli **ne stječu udjele** u novim društvima **u istom omjeru** kao što su im pripadali u društvu koje se dijeli, odluka o podjeli valjana je donesena samo ako su za nju dani glasovi koji predstavljaju najmanje **devet desetina temeljnoga kapitala** komunalnog trgovačkog društva koje se dijeli. Ako ta većina na skupštini nije ostvarena, odluka će ipak biti valjana donesena, ako članovi društva koji su glasovali protiv odluke o podjeli i članovi koji nisu sudjelovali u glasovanju, najkasnije u roku od tri mjeseca nakon zaključenja skupštine dostave društvu koje se dijeli izričitu izjavu o svojoj suglasnosti s podjelom, tako da zbroj danih glasova i izjava dostigne propisanu većinu.⁷⁴ Izjava se daje u obliku javnobilježničke isprave.

71 To se mora objaviti i u glasilu društva i Narodnim novinama.

72 Moraju se staviti na uvid: 1. plan podjele, 2. godišnja financijska izvješća društva za posljednje tri poslovne godine, a ako dan s kojim su sastavljena posljednja godišnja financijska izvješća društva nije i dan poslovnih učinaka podjele (čl. 550.b st. 2. t. 9.), mora se priložiti i zaključni izvještaj o financijskom položaju društva koje se dijeli, 3. ako u novim društvima članovi ne dobivaju udjele u istom omjeru kao što su im pripadali u društvu koje se dijeli, a zadnja godišnja financijska izvješća se odnose na poslovnu godinu koja je istekla više od šest mjeseci prije izrade plana podjele, moraju se priložiti i nova takva izvješća na određeni dan od kojega nije proteklo više od tri mjeseca do izrade plana podjele ili polugodišnji izvještaj sastavljen sukladno odredbi čl. 407. Zakona o tržištu kapitala, 4. izvješće uprave, odnosno izvršnih direktora o podjeli, ako postoji obveza njegove izrade, 5. izvješće o reviziji podjele, ako postoji obveza njegove izrade, 6. izvješće nadzornog, odnosno upravnog odbora o podjeli, ako postoji obveza njegove izrade.

73 Čl. 550.r st. 2. t. 3. ZTD-a.

74 Čl. 550.h ZTD-a.

Odluka o podjeli mora biti u obliku javnobilježničke isprave. Smatra se da je tom zahtjevu udovoljeno, ako je zapisnik na skupštini koja odlučuje o podjeli vodio javni bilježnik.⁷⁵ Prijavu za upis podjele u sudski registar podnose članovi uprava, odnosno izvršni direktori i predsjednici nadzornih, odnosno upravnih odbora, ako društvo ima taj organ, svih društava koja sudjeluju u podjeli, dakle komunalnog trgovačkog društva koje se dijeli i zadržava obavljanje vodnih usluga te komunalnog trgovačkog društva na koje prenosi obavljanje drugih djelatnosti. **Prijava se podnosi registarskom sudu nadležnom po mjestu sjedišta komunalnoga trgovačkog društva koje se dijeli.**⁷⁶

Pravne posljedice statusne promjene podjele nastupaju **upisom podjele u sudski registar.**⁷⁷ Dakle, od toga trenutka na društvo preuzimatelja prelaze komunalne djelatnosti koje ne ulaze u opseg djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje te imovina komunalnog trgovačkog društva koje se dijeli (komunalna infrastruktura u vlasništvu trgovačkog društva).

Uz mogućnost provođenja statusne promjene podjele odvajanja s preuzimanjem, **drugi način usklađivanja predmeta poslovanja komunalnih trgovačkih društava** s odredbama ZOV-a **izmjena je predmeta poslovanja** (tako da „brišu“ djelatnosti koje ne spadaju u vodne usluge) te prenesu imovinu (komunalnu infrastrukturu u njihovom vlasništvu) na stjecatelja. Ovdje se ne bi radilo o statusnoj promjeni, već samo o prestrukturiranju imovine komunalnog trgovačkog društva.⁷⁸

Budući da se predmet poslovanja utvrđuje u temeljnom konstitutivnom aktu društva (statut, društveni ugovor, odluka o osnivanju) bit će potrebno izmijeniti taj akt te izmjenu upisati u sudski registar. Ako je komunalno trgovačko društvo koje mijenja svoj predmet poslovanja d.d., bit će potrebno sazvati glavnu skupštinu koja odluku o izmjeni statuta donosi većinom od tri četvrtine temeljnoga kapitala zastupljenoga na glavnoj skupštini pri odlučivanju o statutu, ako statutom nije predviđena veća većina, odnosno ako se ne zahtijeva ispunjenje dodatnih pretpostavki.⁷⁹ Izmjena statuta je valjana tek od njezina upisa u sudski registar. Ako je komunalno trgovačko društvo d.o.o. bit će potrebno izmijeniti društveni ugovor odnosno odluku o osnivanju. Društveni ugovor može se izmijeniti samo odlukom članova društva većinom od najmanje tri četvrtine danih glasova, ako njime nije predviđena veća većina ili se ne zahtijeva ispunjenje i dodatnih pretpostavki.⁸⁰ Odluka o izmjeni proizvodi učinak trenutkom upisa u sudski registar.

Ako je komunalno trgovačko društvo osnovala samo jedna jedinica lokalne samouprave u obliku d.o.o.-a, što je najčešći način obavljanja komunalnih djelatnosti, društvo će predmet poslovanja izmijeniti izmjenom odluke o osnivanju društva.

Pored izmjene temeljnog konstitutivnog akta bit će potrebno **prenijeti komunalnu infrastrukturu koja je u vlasništvu društva (imovinu).** Ugovor o prijenosu imovine sklapaju uprave odnosno izvršni direktori društva koje prenosi i

75 Čl. 550.g st. 9. ZTD-a.

76 Čl. 550.l ZTD-a.

77 Čl. 550.n ZTD-a.

78 Barbić, J., op. cit., str. 1404.

79 Čl. 301. ZTD-a.

80 Čl. 455. ZTD-a.

društva koje stječe imovinu. Odredbom čl. 552. st. 1. ZTD-a propisano je da je u slučaju sklapanja ugovora kojim se društvo obvezuje prenijeti na drugoga⁸¹ cijelu svoju imovinu ili imovinu čija je vrijednost veća od jedne četvrtine iznosa temeljnoga kapitala i to predstavlja značajnu strukturnu promjenu društva, potrebna suglasnost glavne skupštine koja odluku donosi glasovima koji predstavljaju najmanje tri četvrtine temeljnog kapitala zastupljenog na glavnoj skupštini pri odlučivanju, ako se istodobno s time ne mijenja i predmet poslovanja društva.⁸² Budući da se u konkretnom slučaju mijenja predmet poslovanja komunalnog trgovačkog društva, ova se odredba ne bi primjenjivala na komunalna trgovačka društva koja usklađuju svoj predmet poslovanja s odredbama ZOV-a.

Društvo koje će obavljati komunalne djelatnosti koje iz svoga predmeta poslovanja isključuje komunalno društvo čiji je cilj stjecanje statusa javnog isporučitelja vodne usluge, morat će **proširiti svoj predmet poslovanja** onim djelatnostima koje „briše“ javni isporučitelj vodne usluge. Dakle, i ono će morati sazvati glavnu skupštinu (skupštinu) za donošenje odluke o izmjeni svog temeljnog konstitutivnog akta te izmjenju upisati u sudski registar. Ujedno mora ispuniti i sve druge uvjete za obavljanje komunalne/ih djelatnosti koja/e mu se prenose.

Kada društvo zadržava obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje, a isključuje ostale komunalne djelatnosti iz svog poslovanja, restrukturiranje se **ne bi moglo provesti na način da to komunalno trgovačko društvo osnuje novo trgovačko društvo („društvo kćer“)** koje će obavljati djelatnosti koje ono isključiti iz svog predmeta poslovanja, budući da te djelatnosti, odredbama ZKG-a, mogu obavljati samo ona trgovačka društva čiji je osnivač jedinica lokalne samouprave.

3.1.2. Oblici restrukturiranja kada društvo isključuje obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje

Komunalno trgovačko društvo može imati interes zadržati obavljanje ostalih komunalnih djelatnosti koje ulaze u predmet njegova poslovanja, a isključiti iz predmeta poslovanja obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje. I u tom

81 Petrović, S., Prijenos imovine kao poseban pravni institut prava društava, *Pravo i porezi*, br. 1., 1999., str. 25., ističe da Zakon ne određuje pobliže na koje bi druge osobe dioničko društvo moglo prenijeti svoju imovinu, pa bi valjalo zaključiti da to može biti bilo koja fizička ili pravna osoba. Isključene su samo osobe na koje se imovina prenosi prema drugim pravilima. To su prema hrvatskom pravu osobe javnog prava (čl. 551. ZTD-a), a njemačko pravo taj krug osoba i proširuje (čl. 175. Zakona o preoblikovanju (Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210; 1995 I S. 428), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 48 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044).

82 Vidi u Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga druga, Društva kapitala, Organizator, Zagreb, 2005., str. 893-897., Gorenc, V., Slakoper, Z., Filipović, V., Brkanić, V., *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, 3. izmijenjena i dopunjena naklada, Zagreb, RRiF Plus, 2004., str. 949-950. Barbić, J., *Prijenos imovine dioničkog društva*, Računovodstvo, revizija i financije, br. 9., 2004., str.128-129., gdje ističe da takva odluka nije potrebna ako do prijenosa imovine dolazi pripajanjem, spajanjem ili podjelom društva, jer tada glavna skupština ionako mora donijeti odluku o statusnoj promjeni društva pa nema potrebe da još jednom odlučuje i o tome da se time prenosi imovina društva.

slučaju će to komunalno trgovačko društvo stjecatelju prenijeti imovinu za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje. Dakle, isto kao i u prethodnom slučaju kada zadržava obavljanje djelatnosti vodnih usluga, dolazi do prijenosa predmeta poslovanja i prijenosa imovine. Otvara se pitanje vlasništva nad objektima komunalne infrastrukture za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje. Sukladno ZOV-u za uređenje pitanja vlasništva potrebno je razlikovati oblike vodnih građevina. Tako su regulacijske i zaštitne vodne građevine i građevine za melioracijsku odvodnju u vlasništvu Republike Hrvatske. Vodne građevine za melioracije, osim onih koje su u vlasništvu Republike Hrvatske, u vlasništvu su jedinica područne (regionalne) samouprave, dok su **komunalne vodne građevine** u vlasništvu javnoga isporučitelja vodne usluge.⁸³ Novi ZOV koji je stupio na snagu 18. svibnja 2013. godine propisuje obvezu jedinicama lokalne samouprave u roku od jedne godine od stupanja na snagu zakona, dakle do **18. svibnja 2014. godine** prenijeti komunalne vodne građevine u svom vlasništvu u vlasništvo javnog isporučitelja vodne usluge, u obliku temeljnog uloga ili prijenosa bez naknade.⁸⁴

I ovdje bi se restrukturiranje moglo provesti na nekoliko načina. Vezano uz statusnu promjenu podjele, budući da trgovačko društvo nastavlja poslovati ne bi se mogla primijeniti podjela s razdvajanjem. Bilo bi moguće primijeniti **odvajanje s osnivanjem i odvajanje s preuzimanjem**. Odvajanje s osnivanjem bilo bi moguće ako bi u komunalnom trgovačkom društvu koje se dijeli sve dionice (udjele) držala jedinica lokalne samouprave.⁸⁵ Novoosnovano društvo moralo bi ispuniti sve uvjete koji su potrebni za stjecanje statusa javnog isporučitelja vodne usluge. Dakle, pored odredaba ZTD-a kojima se uređuje provođenje ove statusne promjene nužno je voditi računa i o odredbama ZOV-a.

Vezano uz statusnu promjenu odvajanja s preuzimanjem, preuzimatelj, dakle već postojeće društvo trebalo bi uskladiti svoj pravni status i predmet poslovanja s odredbama ZOV-a. Dakle, mora se raditi o društvu u kojem sve udjele, odnosno dionice u temeljnom kapitalu imaju jedinice lokalne samouprave ili trgovačka društva u kojima sve udjele, odnosno dionice u temeljnom kapitalu izravno imaju jedinice lokalne samouprave, odnosno ustanova kojoj je osnivač jedinica lokalne samouprave te će iz svog predmeta poslovanja morati „brisati“ sve druge djelatnosti koje čine njegov predmet poslovanja.

Pravne posljedice statusne promjene podjele odvajanja s osnivanjem kao i odvajanja s preuzimanjem nastupaju upisom podjele u sudski registar.⁸⁶ Dakle, od toga trenutka na novoosnovano društvo ili na društvo preuzimatelja prelaze

83 Čl. 23. ZOV-a. Dalje se uređuje da su vodne građevine za proizvodnju električne energije čiji je investitor Republika Hrvatska ili pravna osoba kojoj je Republika Hrvatska većinski udjelničar, dioničar ili osnivač s većinskim pravom odlučivanja, uključivo i prostor akumulacije izgrađen oko javnoga vodnoga dobra, u vlasništvu Republike Hrvatske. Ujedno, građevine za unutarnju plovidbu investitor kojih je Republika Hrvatska ili lučka uprava, u vlasništvu su Republike Hrvatske.

84 Čl. 146. ZOV-2013, gdje je dalje propisano da akte potrebne za provedbu donosi predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave, a provodi je gradonačelnik, odnosno općinski načelnik.

85 Čl. 202. st. 1. i 3. ZOV-a.

86 Čl. 550.n ZTD-a.

djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje te imovina (komunalne vodne građevine) za obavljanje tih djelatnosti.

Drugi način na koji komunalno trgovačko društvo može isključiti djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje je tako da **izmijeni svoj temeljni konstitutivni akt** (statut, društveni ugovor, odluka o osnivanju) „brisanjem“ ovih djelatnosti iz svog predmeta poslovanja. Odluka o tomu se donosi na glavnoj skupštini (skupštini) društva većinom od tri četvrtine temeljnoga kapitala zastupljenoga na glavnoj skupštini, odnosno većinom od tri četvrtine danih glasova (kod d.o.o.-a), ako statutom, društvenim ugovorom ili odlukom o osnivanju nije previđena veća većina niti se zahtijeva ispunjenje dodatnih pretpostavki. Izmjena proizvodi učinak od trenutka upisa u sudski registar. S druge strane, društvo koje namjerava obavljati djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje mora upisati te djelatnosti u sudski registar i isključiti sve druge djelatnosti iz svog predmeta poslovanja. Pored toga ono mora uskladiti i svoj pravni status s odredbama ZOV-a. Budući da je potrebno prenijeti i imovinu (komunalne vodne građevine) uprave društava, odnosno izvršni direktori sklopit će ugovor o prijenosu imovine.⁸⁷

Za razliku od slučaja kada trgovačko društvo zadržava obavljanje vodnih usluga, u ovom bi slučaju bilo **moгуće restrukturiranje provesti i tako da to komunalno trgovačko društvo osnuje novo trgovačko društvo („društvo kćer“) koje će biti javni isporučitelj vodnih usluga**, budući da čl. 202. st. 1. ZOV-a predviđa mogućnost trgovačkih društava biti osnivačima trgovačkog društva koji će imati položaj javnog isporučitelja vodnih usluga javne vodoopskrbe i javne odvodnje, ali pod uvjetom da u tom trgovačkom društvu (osnivaču) sve udjele, odnosno dionice u temeljnom kapitalu izravno imaju jedinice lokalne samouprave. Tada se ne bi radilo o statusnoj promjeni, već samo o prestrukturiranju imovine komunalnog trgovačkog društva osnivanjem novog društva u kojima ono ima udjele (dionice).⁸⁸ Ujedno bi komunalno trgovačko društvo koje osniva novo društvo („društvo kćer“) trebalo izmijeniti svoj predmet poslovanja, za što će biti potrebno sazvati glavnu skupštinu (skupštinu) koja odluku donosi tročetvrtinskom većinom temeljnoga kapitala zastupljenoga na glavnoj skupštini, odnosno većinom od najmanje tri četvrtine danih glasova ako je riječ o d.o.o.-u, a temeljnim konstitutivnim aktom nije propisana veća većina niti se zahtijeva ispunjenje dodatnih pretpostavki. Dakle to novoosnovano društvo („društvo kćer“) treba registrirati za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje.

87 Za prijenos imovine vidi točku 3. 1. 1.

88 Za ovo stajalište vidjeti više kod Barbić, J., *Pravo društava, Društva kapitala*, 2010., cit., str. 1404.

3.2. Položaj trgovačkih društava koja su uskladila svoj status sa ZOV-om ili su osnovana sukladno ZOV-u iz 2009. godine

Trgovačka društva koja su uskladila svoj status s odredbama ZOV-a iz 2009. godine nisu dužna mijenjati taj status, budući da se novelom ZOV-a iz 2013. godine samo širi krug osnivača, odnosno članova javnih isporučitelja vodnih usluga. Ono što oni mogu učiniti je proširiti predmet svoga poslovanja na djelatnost ispitivanja zdravstvene ispravnosti vode za piće za vlastite potrebe, izvođenja priključaka iz čl. 212. st. 2. izvođenja priključaka iz čl. 212. st. 2. ZOV-a, umjeravanja vodomjera i proizvodnje energije za vlastite potrebe ako ispunjava uvjete iz posebnih propisa. Ujedno, isporučitelj vodnih usluga javne odvodnje koji posjeduje vodopravnu dozvolu za ispuštanje otpadnih voda ili rješenje o objedinjenim uvjetima zaštite okoliša i koji upravlja građevinama za javnu odvodnju i/ili uređajem za pročišćavanjem otpadnih voda s prihvatnim opterećenjem većim od 100 000 ekvivalent stanovnika (ES) dužan je obavljati i djelatnost uzorkovanja i ispitivanja kakvoće vlastitih otpadnih voda ako ispunjava uvjete iz posebnih propisa.⁸⁹

4. PROBLEMI U PRIMJENI

Izmjenama zakona iniciran proces restrukturiranja komunalnih društava otvorio je u primjeni brojna pitanja.

Kako bi se uskladili s brojnim zahtjevima koji se tiču strukture udjela u temeljnom kapitalu, koji su različito postavljeni za „vodne“ i „nevodne“ komunalne usluge, adresati su bili suočeni s odabirom takvog modela restrukturiranja koji će s jedne strane omogućiti sukladnost s tim zahtjevima, a s druge strane osigurati model restrukturiranja koji je troškovno, a osobito porezno pravno najisplativiji.

Provedba restrukturiranja kroz statusnu promjenu podjele nudi porezne pogodnosti, kada su u pitanju nekretnine. No dikcija čl. 12. st. 2. Zakona o porezu na promet nekretnina (dalje u tekstu: ZPPN)⁹⁰ koji propisuje da se porez na promet ne plaća pri stjecanju nekretnina u postupku *razdvajanja* trgovačkog društva na više trgovačkih društava, ostavlja otvorenim pitanje obuhvaća li to oslobođenje i podjele koje se provode odvajanjem. Kako je novelom ZTD-a iz 2003. godine u članku 550.a ZTD-a propisano da se društvo kapitala može podijeliti razdvajanjem ili odvajanjem, postavlja se pitanje zbog čega u ZPPN-u⁹¹ nije verificirana ta izmjena, na način da ona obuhvati i odvajanje. Ima autora koji zastupaju tezu da je ekonomski sadržaj tih transakcija (razdvajanja i odvajanja) zapravo jednak te da podjelu odvajanjem ne bi trebalo porezno tretirati drugačije nego podjelu razdvajanjem.⁹² Postoji i Mišljenje

89 Čl. 202. st. 4. i 5. ZOV-a.

90 Zakon o porezu na promet nekretnina, Narodne novine, br. 69/97, 26/00, 127/00, 153/02, 22/11.

91 Izmjene i dopune Zakona o porezu na promet nekretnina, Narodne novine, br. 22/11.

92 Brkanić, V., Računovodstvo podjele društva kapitala s preuzimanjem, Računovodstvo, revizija i financije, br. 10/2007, str. 31. Opširnije o tome problemu vidi u doktorskoj disertaciji Holjar, A., Uloga i zaštita zainteresiranih osoba prilikom podjele društava kapitala, Zagreb, 2012., str. 214. i dalje.

Središnje ureda Porezne uprave, Ministarstva financija,⁹³ koje navodi kako u citiranim odredbama ZPPN-a nije posebno navedena podjela društva, zbog toga što ista niti nije mogla biti navedena budući da je ZTD statusnu promjenu podjele društva predvidio tek svojim izmjenama i dopunama 2003. godine i to tako da je u članku 550.a ZTD-a propisano kako se društvo kapitala može podijeliti razdvajanjem ili odvajanjem. No kao što je već zaključeno, izmjene ZPPN-a nakon 2003. godine nisu verificirale tu terminološku promjenu. Također se postavilo pitanje pod kojim uvjetima se može ishoditi porezno oslobođenje u smislu čl. 7. st. 9. Zakona o porezu na dodanu vrijednost,⁹⁴ odnosno kada se radi o imovini koja čini gospodarsku cjelinu. Tako se u jednom postupku *odvajanja* s osnivanjem, adresat pozvao na potonje porezno oslobođenje (prijenos gospodarske cjeline).⁹⁵

U provedbi restrukturiranja kroz statusnu promjenu također se preliminarno otvara pitanje usklađivanja komunalnih propisa s propisima ZTD-a. Naime prema ZKG-u osnivač novog „nevodnog“ društva može biti samo JLS, a u podjeli s razdvajanjem osnivač je „društvo koje se dijeli“, a ne JLS. Stoga se postavilo pitanje krše li se osnivanjem novog društva podjelom odredbe o ovlaštenom osnivaču koje se nalaze u ZKG-u? Autorice su zauzele stav da podjelu treba promatrati kao poseban vid nastanka trgovačkog društva, te da odredbe nisu u koliziji. Također u provedbi statusne promjene podjele s razdvajanjem, pokazalo se da je situacija jednostavnija ako sve udjele drži JLS, bilo da se radi o jednoj ili više njih. U tom slučaju vodne usluge se doznačuju kao djelatnost jednom društvu, pri čemu se sve ostale mogu doznačiti „nevodnom“ društvu, a komunalna infrastruktura se prenosi onom društvu koje obavlja odnosnu komunalnu djelatnost. No situacije na terenu pokazale su da čak niti vodne usluge ne moraju biti objedinjene u jednom društvu (npr. različitim društvima je povjerena vodoopskrba i odvodnja), pa će se uvijek morati restrukturirati društvo koje pruža miješani skup usluga među kojima je i neka od vodnih usluga.

Kada JLS drži u društvu koje se restrukturira samo većinski udio, onda je u provedbi statusne promjene trebalo paziti da se u novom „vodnom“ društvu, udovolji zahtjevu prema kojem JLS mora imati 100% udio u temeljnom kapitalu. Ako se zbog nužnog povećanja udjela JLS-a u „vodnom“ društvu, smanji udjel JLS-a u „nevodnom“ društvu ispod razine većinskog udjela, treba potražiti neki drugi model restrukturiranja, jer JLS u „nevodnom“ društvu mora držati barem većinski udio. Nadovezno na to javlja se pitanje može li se statusna promjena provesti na način da jedan od imatelja udjela u društvu koje se restrukturira u novom društvu ne stekne niti jedan udio, odnosno da dođe do odstupanja od načela razmjernosti udjela (čl. 550.h st. 3. ZTD-a). Praksa restrukturiranja je pokazala da su neke jedinice lokalne samouprave pristale na to da u restrukturiranom društvu nemaju niti jedan udjel, odnosno da sve udjele stekne samo jedna jedinica lokalne samouprave. Koji su motivi tog rješenja možemo samo nagađati. Moguće je da je jedna jedinica lokalne samouprave kroz to komunalno društvo najviše ulagala u komunalnu infrastrukturu. No postavlja se

93 Klasa: 410-01/06-01/888, ur. broj: 513-07-21-01/06-2 od 2. studenog 2006. godine.

94 Zakon o porezu na dodanu vrijednost, Narodne novine, br. 73/13.

95 Dostupno na: http://komunalniservis.hr/uploads/multiple_upload/52477234-96f9-545b-4f41-d4e6d6281330_PLAN%20PODJELE%20_konacno.pdf (posjećeno 20.01.2014.).

pitanje bi li se ista statusna promjena mogla provesti i bez takve suglasnosti, odnosno bi li se moglo primijeniti pravilo prema kojem bi se takvu odluku moglo valjano donijeti većinom od 9/10 temeljnoga kapitala na skupštini društva koje se dijeli.

Kod razdvajanja s preuzimanjem postavilo se drugo pitanje. Kako komunalno društvo koje se dijeli prestaje, a dijelove imovine prenosi na postojeća društva, postavlja se pitanje u kojim bi to slučajevima jedinica lokalne samouprave imala interes ugasiti svoje komunalno društvo i prenijeti komunalnu infrastrukturu na neka postojeća trgovačka društva? Mora li se raditi o „provjerenim“ trgovačkim društvima koja jesu uključena u obavljanje komunalnih djelatnosti, jer im se povjerava bitan segment zadovoljavanja javnih potreba neophodan za lokalno stanovništvo? S druge strane, ako jedna jedinica lokalne samouprave ima nerentabilno „omnibus“ komunalno društvo u kojem drži 100% udjela, a u susjednoj jedinici lokalne samouprave postoje već restrukturirano „vodno“ i „nevodno“ komunalno društvo, prva jedinica lokalne samouprave može u svom društvu provesti podjelu razdvajanjem s preuzimanjem pri čemu će svoje komunalno društvo ugasiti, prenijet će dio imovine komunalnom vodnom društvu druge jedinice lokalne samouprave, a ostatak imovine „nevodnom“ društvu druge jedinice lokalne samouprave. Zauzvrat će prva jedinica lokalne samouprave dobiti udjele u komunalnim društvima druge jedinice lokalne samouprave. Uporište za ovo shvaćanje se nalazi u čl. 4. st. 3. ZKG-a, jer jedinica lokalne samouprave može odlukom predstavničkog tijela povjeriti drugoj jedinici lokalne samouprave obavljanje komunalnih djelatnosti. No za to je potreban ugovor i odluka predstavničkog tijela.

Ako je društvo odlučilo provesti restrukturiranje kroz statusnu promjenu odvajanja s osnivanjem, društvo koje se dijeli (koje ima razne komunalne usluge) moralo je odlučiti koju komunalnu djelatnost želi zadržati, a koje želi prenijeti na društva koja se tek osnivaju. Ako su na razini jedinstvenog komunalnog društva postojale već manje ustrojbene jedinice (podružnice), to je olakšavalo provedbu statusne promjene. U društvu koje se dijeli dolazilo je do promjene tvrtke, predmeta poslovanja. K tomu društvo koje se dijeli, ovisno o tomu koji spektar komunalnih djelatnosti zadržava, moralo je prenijeti dio komunalne infrastrukture koja izlazi iz okvira njegove „nove“ djelatnosti. Budući da u primjeni ovoga modela restrukturiranja dolazi do osnivanja novog društva, postavilo se pitanje mogu li se treće osobe pojaviti kao suosnivači novih društava u podjeli odvajanjem? Logičan slijed radnji je prema mišljenju autorica takav da treba najprije provesti statusnu promjenu, a onda povećati temeljni kapital novog društva (ili prodati udjele novom udjelničaru / dioničaru). Ako je novi strateški partner i sam društvo, tada je možda bilo prikladnije odabrati odvajanje s preuzimanjem.

Odvajanje s preuzimanjem kao četvrti modalitet statusne promjene podjele prikladan je kada već JLS ima uspostavljene partnerske odnose sa strateškim ulagateljem posebno s trgovačkim društvima iz privatnog sektora koja su već uključena u obavljanje komunalnih usluga. Naime u tom modelu restrukturiranja matično društvo zadržava ili „vodne“ ili „nevodne“ komunalne djelatnosti, a one koje otpušta prenosi društvu (ili društvima) koja već postoje. Nakon statusne promjene podjele bitno je da u „vodnom“ društvu JLS ima 100%, a u „nevodnima“ većinski

udio. No, praksa je pokazala da je ovaj modalitet statusne promjene korišten i na način da je JLS najprije osnovala novo društvo, a zatim je to društvo postalo društvo koje će podjelom (odvajanjem) prvog društva preuzeti odgovarajući segment komunalne djelatnosti kojeg se želi izdvojiti. Odabirom ovoga modela restrukturiranja adresati su osnivanjem novog društva tek stvarali preduvjete za pripremu i provedbu statusne promjene.

5. ZAKLJUČNI NAGLASCI

Postojanje općeg društvenog interesa za obavljanje komunalnih djelatnosti naglašava važnost subjekata koji su ovlašteni pružati komunalne usluge. Iako temeljem izričite ustavne⁹⁶ i zakonskih odredaba⁹⁷ te poslove obavljaju jedinice lokalne samouprave, one nisu slobodne u izboru organizacijskog oblika obavljanja komunalnih djelatnosti. Premda se jedinicama lokalne samouprave daje mogućnost organizirati obavljanje komunalnih djelatnosti na nekoliko načina, praksa pokazuje da su upravo komunalna trgovačka društva najčešći organizacijski oblik za koji optira jedinica lokalne samouprave kod izbora oblika pružanja komunalnih usluga. Komunalnu djelatnost mogu obavljati kako ona društva koja osnuje jedinica lokalne samouprave tako i ona društva kojima osnivač nije jedinica lokalne samouprave, ali potonja društva to čine na temelju druge pravne osnove, kao što su ugovor o koncesiji ili ugovor o povjeravanju komunalnih poslova sklopljen s jedinicom lokalne samouprave. Valja istaknuti da će kod izbora organizacijskog oblika jedinica lokalne samouprave biti ograničena i sadržajem djelatnosti koje su obuhvaćene pojmom komunalne djelatnosti.

Otvorena pitanja kod obavljanja komunalnih djelatnosti od strane trgovačkih društava čiji je osnivač jedinica lokalne samouprave jesu pitanja vezana uz osnivanje kao i držanje dionica (udjela) u komunalnom trgovačkom društvu. Analizirajući odredbe ZKG-a autorice zauzimaju stajalište da se jedinica lokalne samouprave mora pojaviti kao jedini osnivač komunalnog trgovačkog društva, osim u zakonom izričito propisanom slučaju.⁹⁸ Uređujući pitanje držanja dionica (udjela) u komunalnom trgovačkom društvu zakonodavac koristi formulaciju „drži većinski dio dionica odnosno udjela“ kojom otvara mogućnost različitog tumačenja navedene formulacije. S jedne strane, otvara se pitanje radi li se u konkretnom slučaju o držanju glasačkih prava u društvu ili o držanju udjela u temeljnom kapitalu, budući da ovaj postotak ne mora uvijek i nužno biti isti. S druge strane, postavlja se pitanje koji postotak dionica, odnosno udjela treba držati u društvu kapitala da bi se ispunio navedeni uvjet. Propisi koji uređuju tržište kapitala u držanje dionica ubrajaju i tzv. neizravno držanje dionica koje se drže putem drugih osoba i to prvenstveno putem osoba koje kontrolira jedinica lokalne samouprave.

Kako su komunalne djelatnosti za čije obavljanje postoji opći društveni interes raznovrsne i dinamično se razvijaju, komunalna trgovačka društva zahvaćena su

96 Čl. 134. st. 1. Ustava RH.

97 Čl. 19. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi.

98 Čl. 4. st. 4. ZKG-a.

nužnošću restrukturiranja.

ZOV iz 2009. godine, koji je stupio na snagu 1. siječnja 2010. godine, značajno zadire u uređenje pravnog statusa i predmeta poslovanja trgovačkih društava koja su do tada obavljala djelatnost opskrbe pitkom vodom, odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda, a čiji je status bio uređen ZKG-om. Kako je riječ o značajnoj komunalnoj usluzi poteškoće koje su se pojavile u provedbi restrukturiranja dovele su do toga da je posljednja novela ZOV-a koja je stupila na snagu 18. svibnja 2013. godine, znatno produžila rok za usklađenje pravnog statusa i predmeta poslovanja javnog isporučitelja vodne usluge.

Problem restrukturiranja komunalnih društava koji su isporučitelji vodne usluge ima dvije dimenzije. Jedna se odnosi na pravni status javnog isporučitelja vodne usluge, a druga na predmet poslovanja istog.

Glede **pravnog statusa** javnog isporučitelja vodne usluge, ZOV iz 2009. godine određuje da te djelatnosti može obavljati trgovačko društvo ili ustanova u kojem udjele, odnosno dionice u temeljnom kapitalu, odnosno osnivačko pravo imaju isključivo jedinice lokalne samouprave.⁹⁹ Ova je odredba izmijenjena novelom ZOV-a iz 2013. godine na način da javni isporučitelj vodnih usluga javne vodoopskrbe ili javne odvodnje može biti trgovačko društvo u kojem **sve udjele**, odnosno dionice u temeljnom kapitalu imaju jedinice lokalne samouprave ili trgovačka društva u kojima sve udjele, odnosno dionice u temeljnom kapitalu izravno imaju jedinice lokalne samouprave, odnosno ustanova kojoj je osnivač jedinica lokalne samouprave.¹⁰⁰ Dakle, novela ZOV-a iz 2013. godine **širi krug osnivača** ovlaštenih osnovati trgovačko društvo koje će imati položaj javnog isporučitelja vodnih usluga. Ujedno se traži držanje svih dionica, odnosno udjela u rukama osnivača. Budući da je ZKG, kojim se uređivalo pružanje ovih djelatnosti do donošenja ZOV-a 2009. godine, propisivao držanje „većinskog dijela dionica odnosno udjela“ u komunalnom trgovačkom društvu od strane jedinice lokalne samouprave, imatelji dionica, odnosno udjela bit će dužni prenijeti svoje dionice, odnosno udjele stjecateljima koji su izričito određeni zakonskom odredbom ZOV-a i koji će tako postati jedini članovi trgovačkog društva.

Pored javnih isporučitelja vodne usluge, određene zakonom izričito propisane djelatnosti koje su obuhvaćene javnom vodoopskrbom i javnom odvodnjom iznimno mogu obavljati i druge pravne ili fizičke osobe. One će to moći činiti na temelju koncesije koju daje jedinica lokalne samouprave.¹⁰¹

ZOV iz 2009. godine unosi značajnu novinu u uređenju **predmeta poslovanja** javnog isporučitelja vodne usluge na način da mu ne daje mogućnost obavljati neku drugu djelatnost izvan djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje. Međutim, novelom iz 2013. godine u manjem dijelu se širi predmet poslovanja javnih isporučitelja vodnih usluga na one djelatnosti koje su usko povezane za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje.

Javni isporučitelji vodnih usluga trebali su se uskladiti s novim okvirom pri čemu se u primjeni iskristaliziralo nekoliko modela ovisno o zatečenom modelu

99 Čl. 202. st. 1. ZOV-a.

100 Čl. 101. ZOV-2013.

101 Čl. 171. st. 3. ZOV-a.

pružanja komunalnih usluga na teritoriju neke jedinice lokalne samouprave.

Komunalna trgovačka društva koja obavljaju samo djelatnost javne opskrbe pitkom vodom, odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda, mogla su nastaviti obavljati povjerene im djelatnosti uz ispunjenje novog uvjeta o držanju svih dionica (udjela) u društvu. Društva koja su pružala miješani skup usluga (i „vodne“ i „nevodne“) morala su odlučiti koje djelatnosti društvo želi zadržati, a koje će isključiti iz svog predmeta poslovanja. Ako je društvo namjeravalo zadržati djelatnost javne vodoopskrbe i javne odvodnje moralo se riješiti preostalih komunalnih usluga, a ona društva koja žele zadržati obavljanje drugih komunalnih djelatnosti, primjerice održavanje čistoće, odlaganje komunalnog otpada i sl. morala su se lišiti obavljanja djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje.

Ako je društvo htjelo **zadržati obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje** ono je moralo iz svog predmeta poslovanja isključiti obavljanje svih drugih djelatnosti. Restrukturiranje komunalnog trgovačkog društva moglo se provesti putem statusne promjene podjele trgovačkog društva. Imajući u vidu razne modalitete te statusne promjene, autorice su mišljenja da **kada je društvo namjeravalo nastaviti poslovanje** zadržavanjem djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje **nije bila prikladna podjela s razdvajanjem** budući da bi provođenjem ove statusne promjene došlo do prestanka društva koje se dijeli. Restrukturiranje se moglo provesti **podjelom s odvajanjem**. Provedba restrukturiranja kroz **odvajanje s osnivanjem** dijelom ovisi o tomu mogu li se odredbe ZKG-a o ovlaštenom osnivaču primijeniti „iznad“ odredbi ZTD-a o statusnoj promjeni. S obzirom na to da je nastanak društva kroz statusnu promjenu poseban oblik „osnivanja“ mogla bi se prihvatiti dopustivost tog podoblika. Međutim, u konačnici bi svi pokazatelji (oblik, većinski ili 100% udjel) morali biti u granicama koje propisuju posebni zakoni (ZKG, ZOV). Oblik podjele koji bi bio primjenjiv je **odvajanje s preuzimanjem**.

Drugi način usklađivanja s odredbama ZOV-a mogao je biti **izmjenom predmeta poslovanja** komunalnoga trgovačkog društva. Propisi prava društava nalažu da i u jednom i u drugom slučaju odluku o tome donosi glavna skupština dioničkog društva, odnosno skupština društva s ograničenom odgovornošću većinom od tri četvrtine temeljnoga kapitala zastupljenoga na glavnoj skupštini pri donošenju odluke. Zanimljivo je pitanje prijenosa komunalne infrastrukture za one djelatnosti koje trgovačko društvo u procesu restrukturiranja prenosi drugom društvu, kada navedene djelatnosti isključuje iz svog predmeta poslovanja. U prvom slučaju, dakle kada se provodi statusna promjena podjele, imovina se na stjecatelja prenosi provođenjem statusne promjene, dakle prelazi na stjecatelja upisom podjele u sudski registar. U drugom slučaju ugovor o prijenosu imovine sklapaju uprave, odnosno izvršni direktori društva koje prenosi i koje stječe imovinu. Kada društvo zadržava obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje, autorice smatraju da se restrukturiranje ne bi moglo provesti tako da komunalno trgovačko društvo osnuje novo trgovačko društvo („društvo kćer“) koje će obavljati djelatnosti koje ono isključi iz svog predmeta poslovanja, budući da te djelatnosti, sukladno odredbama ZKG-a, mogu obavljati samo ona trgovačka društva čiji je osnivač jedinica lokalne samouprave.

Adresatima su stajali na raspolaganju različiti oblici restrukturiranja ako je društvo iz svog predmeta poslovanja **isključivalo obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje**, a zadržavalo obavljanje drugih komunalnih djelatnosti, primjerice održavanje čistoće, odlaganje komunalnog otpada i sl. I ovdje se restrukturiranje moglo provesti na nekoliko načina, i to **odvajanjem s osnivanjem i odvajanjem s preuzimanjem**. Odvajanje s osnivanjem bilo je moguće ako bi u komunalnom trgovačkom društvu koje se dijeli sve dionice (udjele) držala jedinica lokalne samouprave. Novoosnovano društvo, kada se provodi odvajanje s osnivanjem, kao i društvo preuzimatelj kada se provodi odvajanje s preuzimanjem moralo je ispuniti sve uvjete koji su potrebni za stjecanje statusa javnog isporučitelja vodne usluge. Drugi način na koji je komunalno trgovačko društvo moglo isključiti djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje je **izmjenom predmeta poslovanja** na način da ih je isključilo iz svog predmeta poslovanja, što je bilo moguće samo izmjenom temeljnog konstitutivnog akta. Javnom isporučitelju vodne usluge bilo je potrebno prenijeti i imovinu (komunalne vodne građevine) što se trebalo učiniti sklapanjem ugovora o prijenosu imovine.

Treći način restrukturiranja, koji nije bio moguć ako trgovačko društvo zadržava obavljanje usluga javne vodoopskrbe i javne odvodnje, je da postojeće komunalno trgovačko društvo koje isključuje obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje, a zadržava obavljanje drugih djelatnosti, **osnuje novo trgovačko društvo** („društvo kćer“), budući da djelatnosti koje isključuje, temeljem odredaba ZKG-a, mogu obavljati samo ona trgovačka društva čiji je osnivač jedinica lokalne samouprave.

Zakonodavac izričito propisuje **rokove za restrukturiranje** komunalnih trgovačkih društava. ZOV-om iz 2009. godine dan je rok do 16. ožujka 2012. godine za usklađivanje pravnog statusa i predmeta poslovanja. Međutim, zakonodavac kao posebnu kategoriju izdvaja isporučitelje komunalnih usluga u djelatnostima opskrbe pitkom vodom, odvodnje i pročišćavanje otpadnih voda čiji je pravni status uređen sukladno ZKG-u i koji obavljaju i druge komunalne djelatnosti sukladno ZKG-u. Toj je kategoriji isporučitelja dan rok od tri godine od stupanja na snagu ZOV-2009 za isključenje drugih komunalnih djelatnosti iz svog predmeta poslovanja. Dakle oni su to bili dužni učiniti do 01. siječnja 2013. godine.¹⁰² Međutim, novelom ZOV-a iz 2013. godine produžen je rok za usklađenje pravnog statusa i predmeta poslovanja svih isporučitelja vodnih usluga s donesenim odredbama **do 31. prosinca 2013. godine**. Ujedno, novi ZOV propisuje obvezu jedinicama lokalne samouprave do **18. svibnja 2014. godine** prenijeti komunalne vodne građevine u svom vlasništvu u vlasništvo javnog isporučitelja vodne usluge, u obliku temeljnog uloga ili prijenosa bez naknade.¹⁰³

Osobama kojima je dana koncesija temeljem odredaba ZKG-a kojom su stekle pravo isporučivati vodnu uslugu javne vodoopskrbe sukladno odredbama ZOV-a iz 2009. godine nastavljaju obavljati ovu djelatnost do isteka akta kojim im je pravo na obavljanje djelatnosti povjereno. Novela ZOV-a iz 2013. godine izmijenila je navedenu

102 Čl. 258. st. 4. ZOV-2009.

103 Čl. 146. ZOV-2013, gdje je dalje propisano da akte potrebne za provedbu donosi predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave, a provodi je gradonačelnik, odnosno općinski načelnik.

odredbu propisavši da oni nastavljaju obavljati djelatnost javne vodoopskrbe **do 31. ožujka 2015. godine**. Dakle, koncesionari kojima je pravo isporučivanja vodne usluge povjereno za duže vremensko razdoblje od propisanog roka, neće moći obavljati ovu djelatnost na temelju dobivene koncesije poslije 31. ožujka 2015. godine.

Kao zasebno pitanje postavlja se pitanje **sankcioniranja** za nepostupanje sa zakonskim odredbama. Zakonodavac propisuje slijedeće sankcije: prestanak pravnog statusa javnog isporučitelja vodne usluge kao i prava obavljati djelatnost javne vodoopskrbe i javne odvodnje. Pored propisane sankcije, daljnja mjera koja će se izreći je da se na vodoopskrbnom području ili aglomeraciji tih isporučitelja, neće iz sredstava državnoga proračuna, naknade za korištenje voda i naknade za zaštitu voda, sufinancirati projektiranje, građenje, rekonstrukcija ili sanacija, komunalnih vodnih građevina.

Summary

RESTRUCTURING OF UTILITY COMPANIES FOUNDED BY LOCAL GOVERNMENT

The paper deals with modalities of utility companies restructuring whose founder is local government, because new law concerning public water supply and public sewerage (utility water services) requires that utility company that provides water supply services should provide solely those services. Combining water services with other utility services is no longer possible. The deadline for adjustment with newly adopted provisions expired on 31 December 2013. Restructuring could have been happened in various ways, which are analyzed in this paper. The practice had shown that utility companies and their founders opted for the most cost-efficient modalities. Due to the additional requirement imposed by the law, demanding that in the restructured utility public water company, the sole beneficial owner of the shares is the local government, the process of restructuring should have been aligned with it. In this paper authors examine the possibility of using division of a company as the manner of the restructuring. Since the division of a company has its several sub forms / types, the paper analyses which type is appropriate for different situations at hand. The decision depends primarily on whether the company wants to keep public water supply and sewerage system services or it wishes to transfer them to the other legal entity (company) arising from the division. The paper points out the open issues in the application of the newly adopted rules and specifically highlights the particular remaining issues that should be aligned with new law while the few deadlines are still open.

Key words: *utility companies, local government, restructuring, public water supply and public sewerage services, division of a company.*

Zusammenfassung

RESTRUKTURIERUNG DER VON DER EINHEIT DER LOKALEN SELBSTVERWALTUNG GEGRÜNDETEN KOMMUNALGESELLSCHAFTEN

In der Arbeit werden Modalitäten der Restrukturierung der von der Einheit der lokalen Selbstverwaltung gegründeten Kommunalgesellschaften bearbeitet da die neue Gesetzesregelung über Kommunaldienste der öffentlichen Wasserversorgung und Entwässerung, beziehungsweise über die sog. Wasserdienste, befiehlt, dass die Kommunalgesellschaft, welche diese Dienste ausübt, keinen anderen Kommunaldienst verrichten darf. Die Frist für die Angleichung an den neuen Gesetzesbeschluss ist

am 31.12.2013 abgelaufen. An die Restrukturierung konnte man auf verschiedene Weisen herangehen und diese werden in der Arbeit analysiert. Dabei muss man betonen, dass die Kommunalgesellschaften die günstigste ausgewählt haben. Da das Gesetz auch fordert, dass die Einheit der lokalen Selbstverwaltung alle Anteile bzw. Aktien an der restrukturierten Wassergesellschaft haben muss, sollte man bei der Restrukturierung auch diese Forderung der Kapitalstruktur in Betracht ziehen. In der Arbeit werden insbesondere die Möglichkeiten der Nutzung von Statusänderung der Gesellschaftsteilung als eine Restrukturierungsmodalität geprüft. Da die genannte Statusänderung nur in einigen Unterformen möglich ist, wird geprüft, welche Unterform in welchen Situationen zu nutzen ist, was davon abhängt, ob die zu teilende Gesellschaft den Dienst der öffentlichen Wasserversorgung und Entwässerung behalten möchte oder ob sie diesen Dienst auf die durch die Teilung entstandene Gesellschaft übertragen möchte. Die Arbeit weist auch auf die unerledigten Fragen bei der Anwendung und auf die Fragen, für welche die Frist der Angleichung noch nicht abgelaufen ist, hin.

Schlüsselwörter: *Kommunalgesellschaften, Einheiten der lokalen Selbstverwaltung, Restrukturierung, Dienst der öffentlichen Wasserversorgung und Entwässerung, Teilung von Kapitalgesellschaften.*

Riassunto

RISTRUTTURAZIONE DELLE SOCIETA' COMUNALI COSTITUITE DA UN ENTE LOCALE

Nel lavoro si analizzano le modalità di ristrutturazione delle società comunali costituite da un ente locale, in considerazione del fatto che la nuova disciplina giuridica dei servizi comunali della fornitura idrica pubblica e delle condotte pubbliche, ossia i c.d. servizi idrici, impone che la società comunale che effettua tali servizi non possa erogare nessun altro servizio comunale (che non riguardi l'acqua). Il termine per il coordinamento con la nuova soluzione legale è scaduto al 31.12.2013. Erano possibili diversi approcci alla ristrutturazione, esaminati, appunto, nel contributo. Nel fare ciò le società comunali, o meglio i loro fondatori, scelgono la via per loro economicamente più conveniente. Per via dell'ulteriore richiesta che nel corso della ristrutturazione della società di fornitura dell'acqua l'ente locale debba mantenere tutte le partecipazioni, ovvero le azioni, in occasione di tale operazione s'è dovuto tenere conto anche di questa richiesta riguardante la struttura del capitale. Nel lavoro s'indaga in particolare sulla possibilità di utilizzare eventuali scissioni societarie, quali modalità di ristrutturazione. Visto che detta modifica dello stato è possibile in alcuni sottotipi, s'indaga in quali situazioni sia opportuno l'utilizzo di quale sottotipo,

in dipendenza del fatto che la società che viene scissa voglia mantenere il servizio della fornitura idrica e delle condotte oppure intenda trasferirlo alla costituenda società derivante dalla scissione. Il lavoro pone in rilievo anche le questioni aperte nell'applicazione ed indica in quali casi si sia ancora nei termini per l'adeguazione.

Parole chiave: *società comunali, enti locali, ristrutturazione, servizio di fornitura idrica pubblica e delle condotte, scissione di società di capitali.*

PRAVNI POSLOVI PRAVA OSOBNOSTI

Dr. sc. Aldo Radolović, redoviti profesor
Pravni fakultet u Sveučilišta u Rijeci
Sudac Ustavnog suda RH

UDK: 342.721
347.426.4
Ur.: 28. studeni 2013.
Pr.: 28. veljače 2014.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Pravo osobnosti relativno je novija pojava u građanskom pravu i mnogi njegovi sadržaji još nisu do kraja definirani.

Najviše zaostaje izgradnja pojma i sadržaja pravnih poslova prava osobnosti.

Rad je pokušaj da se i u građanskom pravu Republike Hrvatske ova pitanja otvore i učine sastavnim dijelom prava osobnosti i na našem pravnom području. Temeljni pravni uvjeti za to postoje i stoga valja ohrabriti napore znanosti i prakse u iznalaženju dobrih i prihvatljivih pravnih rješenja.

Ključne riječi: *pravo osobnosti, neimovinsko građansko pravo, pravni poslovi, pravni poslovi prava osobnosti, medicinsko pravo, slobodno ugovorno raspolaganje na području prava osobnosti.*

I. UVOD

Pravo osobnosti novija je pojava u građanskom pravu.¹

Kompleksan² karakter prava osobnosti ne oduzima mu njegov primarno građanskopravni značaj. Povreda prava osobnosti, odnosno zaštita tog prava mora biti u rukama onog tko je u tom pravu povrijeđen i to je odlučujući argument za tezu da je pravo osobnosti kategorija³ građanskog prava.

- 1 U Hrvatskom, odnosno bivšem jugoslavenskom pravu pojam prava osobnosti (kao „pravo ličnosti“) prvi put se pojavio u ZOO-u 1978. (čl. 157., 199., 200. st. 1.). Kako je poznato, Republika Hrvatska je 1991. preuzela ovaj ZOO, a 2005. donijela je svoj (izvorni) ZOO. „Prava ličnosti“ sada pod nazivom „pravo osobnosti“ (to je terminološka a ne pravna promjena) ponešto je temeljitije regulirano (čl. 19., 1048., 1099., 1100.); ZOO iz 05. posebno je značajan po tomu što je izjednačio pojmove „prava osobnosti“ i „neimovinske štete“ (čl. 1046.). Osim ZOO-a pravo osobnosti nalazimo „razbacano“ i u drugim propisima: ZKP, propisi o autorskim i tomu srodnim pravima, propisima o medijima itd.
- 2 Pravo osobnosti (možemo ga zvati i „neimovinski dio građanskog prava“) je „mješavina“ javnog (ustavnog, kaznenog, upravnog, međunarodnog i sl. prava) i privatnog prava (građanskog, trgovačkog, obiteljskog, djelomično i radnog prava), također i „mješavina“ prava i pravila morala bez kojih pravo osobnosti ne može dobiti svoj puni sadržaj (pojam „osobe“, pojam „ljudskog dostojanstva“, pojam „razvoja i rasta osobnosti“ su *par excellence* pojmovi ljudskog morala).
- 3 Riječ „kategorija“ ovdje koristimo u kantovskom smislu, koji je to shvaćao kao tzv. apriorni

U suvremenom (nacionalnom i europskom) građanskom pravu pravo osobnosti predstavlja sve veći dio sveukupnoga građanskog prava. Simbolike radi (ali samo zbog toga!) mogli bismo reći da danas pravo osobnosti predstavlja negdje oko 30% građanskog prava, međutim s tendencijom povećanja toga postotka.

Složenost prava osobnosti izaziva brojne probleme. Najteži je od njih svakako je učenje (nauk) o pravnim poslovima prava osobnosti.

Analogna (*mutatis mutandis*) primjena pravila imovinskog građanskog prava gotovo nije moguća a izvornu konstrukciju „pravnih poslova prava osobnosti“ izuzetno je teško ostvariti.

Posebnu teškoću predstavlja dvojba treba li znanstveno-istraživačke napore usmjeriti na oblikovanje pojma pravnih poslova na apstraktnoj razini (za sve pravne poslove prava osobnosti) ili se usmjeriti na pravne poslove pojedinih prava osobnosti.⁴

Čini se najrealnijom određena kombinacija ovih pristupa, jer ona odgovara i bitnim dvojbama oko samog pojma i sadržaja prava osobnosti.

Sadašnje nepostojanje (ili pretežito nepostojanje)⁵ jasnog i postojanog učenja o pravnim poslovima prava osobnosti izaziva dvojake, podjednako negativne posljedice: da se u pravu osobnosti (neimovinskom dijelu građanskog prava) pravni poslovi sklapaju daleko od očiju javnosti (npr. eutanazija) ili se u odnosu na njih preferira statusna (administrativna) normativna regulacija (npr. rad na posebno opasnim radnim mjestima, odnosno radnim uvjetima koji izravno ugrožavaju temeljno pravo osobnosti – pravo na život).

U sociološko-pravnom smislu treba se čuvati „lansiranja“ egzotičnih pravnih poslova prava osobnosti (primjerice ugovor o iznajmljivanju maternice) što uglavnom služi samo promociji njihovih autora, ali nemaju mnogo veze s temeljnim ciljem

pojam, tj. pojam koji se stvara bez iskustva i prije iskustva, koji proizlazi iz samog pojma, ovdje pojma građanskog prava. No, i aposteriorno (tj. s ostvarenim iskustvom) može se braniti teza da je pravo osobnosti kategorija građanskog prava.

- 4 U teoriji materijalnog prava osobnosti dva su bitna smjera u primanju prava osobnosti: jedno (uglavnom vezano uz njemačko pravo) da postoji jedno opće i opće pravo osobnosti i drugo (romansko, francusko-talijanska) da postoje (samo) pojedina prava osobnosti. Domaće pravo, čini se, nastoji kombinirati ova dva pristupa (arg. iz čl. 19. ZOO iz 05.). Teško je predviđati budućnost prava osobnosti, ali čini nam se najizglednijom teza da će navedena dva pristupa nastaviti koegzistirati, najvjerojatnije još dosta dugo. Broj imovinskih obveznih prava nije zatvoren zbog načela slobodne dispozicije stranaka; a broj prava osobnosti isto tako nije zatvoren zbog drugog razloga, zbog stalnog napretka učenja o pravu osobnosti kojeg zakonodavstva uglavnom ne prate.

O tom promišljanju mora voditi računa i specifično učenje o pravnim poslovima prava osobnosti.

- 5 U usporednom pravu pravo osobnosti se, dakako, počelo razvijati mnogo ranije. Međutim, i tu izrazito kasni učenje o pravnim poslovima, koji se tako, npr. ne spominju ni u djelima koji se uglavnom smatraju temeljima sveukupnog učenja o pravu osobnosti (H. Hubmann, *Das Persoenlichkeitsrecht*, Wien-Graz-1957, Adriano De Cupis, *Diritti della personalita*, Milano 1982.). Na prostoru bivše Jugoslavije je slovenski profesor A. Finžgar vrlo temeljito obradio pravo osobnosti, ali ne i pravne poslove tog prava (A. Finžgar, *Osebnostne pravice*, Ljubljana, 1985.). Neki noviji radovi s naših i (sada) nama susjednih prostora također deficitarni u ovoj materiji (N. Gavella, *Osobna prava*, Zagreb, 2000.; V. Vodinić, *Građansko pravo*, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava, Beograd, 2012.).

učenja o pravu osobnosti - zaštitom dostojanstva ljudske osobe.

Stvaranje učenja o pravnim poslovima građanskog prava svakako će biti dug i težak proces. Bitno je, međutim, početi jer i „svako veliko putovanje počinje prvim malim korakom“ (kineska narodna poslovice).

II. NAČELNE POTEŠKOĆE U KONSTRUKCIJI PRAVNIH POSLOVA PRAVA OSOBNOSTI

Premda pravo osobnosti (neimovinski dio građanskog prava) nedvojbeno čini sastavni dio sveukupnog građanskog prava (što bi upućivalo na relativno lako preuzimanje pojmovi „starijeg brata“ imovinskog dijela građanskog prava), objektivno je vrlo teško konstruirati učenje o „pravnim poslovima prava osobnosti“.

S tim povezane poteškoće proizlazi prije svega iz činjenice što je pravo osobnosti formirano („imenovano“) tek u novije vrijeme pa se mnogi pojmovi nisu ni mogli brže izgraditi, a i zbog toga što je pravo osobnosti, kako smo i u uvodu ovoga rada već naglasili, kompleksna, složena i vrlo kreativna sinteza mnogih dijelova sveukupnog prava (ustavnog, građanskog, kaznenog, radnog i dr.), ali (povrh toga) i pravila moralno-etičkog poretka.

Posebna je poteškoća u tomu što zapravo ne postoji ni približno potpuno suglasje što sve spada u pravo osobnosti i koji je sadržaj tih prava. Sporno je, npr. je li to i pravo na smrt (problem eutanazije), pa je u tom slučaju teško raspravljati kojim se pravnim poslom može utemeljiti „pravo na smrt“.

Slično se može reći i za pravo roditelja na odgoj djece⁶ ili (pogotovo!) o pravu osobnosti na „slobodan razvoj ljudske osobnosti“.⁷

Nedoumice, praznine i nejasnoće postoje i u drugim područjima, a osim toga suvremeni život pospešuje „navalu“ novih prava osobnosti za koje se posebno ne

6 Po Ustavu RH (st. 1. čl. 64.) roditelji su dužni odgajati, uzdržavati i školovati djecu te imaju pravo i slobodu samostalno odlučivati o odgoju djece. Po njemačkom saveznom Ustavu (st. 2. čl. 6.) briga i podizanje djece prirodno je pravo roditelja („... das natuerliche Recht der Eltern...“), a obveze države je (samo) bdjeti u ostvarivanju ovih prava roditelja koje je pravo ujedno i njihova obveza („Uber ihre Betatigung wacht die staatliche Gemeinschaft“). U aktualnoj hrvatskoj političkoj, a i ustavnosudskoj raspravi oko, tzv. zdravstvenog odgoja u školama zanemaruje se činjenica da je ovo roditeljsko pravo ujedno i pravo osobnosti koje se može štititi i građanskopravnim sredstvima.

7 Njemački Ustav (st. 1. čl. 2.) govori o pravu svakoga na slobodan razvoj vlastite osobnosti („Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persoenlichkeit ...“). Hrvatski Ustav (po prethodno navedenom, t. 6.) na istom mjestu, ali drugom stavku (st. 2. čl. 64.) zapravo govori o pravu djeteta na „potpun i skladan razvoj njegove osobnosti“ što su „ roditelji odgovorni osigurati.“ Ovo pravo može imati posljedice koje su nesagledive, ali načelno vrlo pozitivne. One mogu, npr. dovesti u pitanje sve poznate *numerus clausus* upise u škole i fakultete ako u konkretnom slučaju od upisa na željeni fakultet onemogućuje neko darovito dijete. Kod nas nema nikakve prakse o tomu niti se ona naslučuje. Hrvatskoj općoj i pravničkoj javnosti posebno prikazana njemačko ustavno-sudska praksa (Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda, Konrad Adenauer Stiftung, 2009., str. 101-150) donosi vrlo zanimljivu praksu u zaštiti pravo osobnosti na „slobodan razvoj osobnosti“. Naša domaća pravna regulativa nije zapreka sličnoj praksi, ali te prakse nažalost nema.

može reći kakve pravne poslove zahtijevaju.

Učenje o pravu osobnosti i pored svih povijesno ostvarenih progressa, stalno vodi bitku s državom i državnim (ustavnim) pravom koji mnoga područja koje zahvaća ili želi zahvatiti pravo osobnosti žele zadržati samo na razini, tzv. negativnih ili pozitivnih obveza države.⁸

Te obveze države nisu subjektivna prava pravnih subjekata, a prava osobnosti su naprotiv baš subjektivna prava u punom građanskopravnom smislu ove riječi.

Ta borba između javnog i privatnog prava znatno opterećuje privatnopravni prostor prava osobnosti, a time i nastojanje za konstrukciju „pravni poslova prava osobnosti“ kao izrazito i čisto privatnopravne materije.⁹

Država se, dakle, i na području prava osobnosti pojavljuje (možda čak u jednoj izrazitijoj mjeri) u dvostrukoj, nerijetko međusobno suprotstavljenom ulozi. S jedne strane ona uvodi, pomaže i razvija pravo osobnosti, a s druge ga ometa i guši. Na materiji pravnih poslova prava osobnosti to se posebno vidi.

Državama i sustavima političke vlasti načelno odgovara da stvari ostaju na razini njenih pozitivnih ili negativnih obveza. To je, dakako, i fiskalno isplativije (manje košta), iako je dugoročno gledano i za samu državu (a pogotovo njene građane) to štetno.

Taj sociološko (političko)-pravni aspekt problema ne treba zanemariti. Tekuća, dnevna politika ipak u pravilu daje prednost kratkoročnim, a ne dugoročnim ciljevima i stoga će učenje o pravu osobnosti još dugo vremena morati računati na ovakve otpore političkih sustava.

Prava osobnosti su subjektivno građanska prava. To je i mora biti u temeljima prava osobnosti.

Svako subjektivno pravo mora imati određen, barem neki, slobodan prostor dispozicije. Bez toga „slobodnog manevarskog prostora“ nema subjektivnog prava.

Postojanje subjektivnog prava nužna je pretpostavka i za sklapanje pravnih poslova. Ne može sklapati pravni posao (ni u imovinskom ni u neimovinskom građanskom pravu) onaj tko svojim pravom, bar u nekom dijelu, ne može raspolagati.

To je ujedno i temeljna razlika između nekih ustavnih prava i prava osobnosti. Iz ustavnog u građansko pravo mogu „prijeći“ samo ona ustavna prava koja se mogu konstruirati kao subjektivna prava u građanskopravnom smislu (ne pravo na javno okupljanje, da? pravo na život).

Vezano uz „pravo na život“ valja posebno ukazati na njegovo ambivalentno svojstvo. Na prvi pogled čini se apsolutno izvan dohvata slobode disponiranja, ali svaka dublja analiza pokazuje da i tu disponiranja itekako ima (rad u dubinama ili velikim visinama, općenito rad na opasnim radnim mjestima, rad u cirkusima, sportu itd.). U svim ovim, a i drugim područjima čovjek raspolaže svojim životom i na neki način svojom ga voljom stavlja na kocku. Eventualno pravo na eutanaziju (kao pravo

8 Vidjeti: Smerdel-Sokol, *Ustavno pravo*, Zagreb, 2006., str. 105. Autori izriječno naglašavaju da se ova (pozitivna i negativna prava građana koja odgovaraju istoimenim obvezama države) „ne mogu štititi sudskim putem“.

9 Nema razloga širiti „front“ sukoba između ustavnog i građanskog prava na području prava osobnosti. Činjenica je (a to je najbitnije) da ustavno pravo daje opći placet razvoja prava osobnosti i to je dostatan razlog za njihovu međusobnu koordinaciju i koegzistenciju.

na smrt u ime prava na život) poseban je i možda najviši oblik raspolaganja pravom na život. Pravo na život najvažnije je pravo osobnosti. Ono je, dakako, i ustavno pravo (čl. 21/1 Ustava RH), ali u građanskom pravu će dobiti i prostor svoje punije pravne konkretizacije.

Za ovo „najvažnije“ pravo osobnosti vrlo je važno uočiti naprijed spomenutu dimenziju slobodnoga stranačkog disponiranja. Kad tog prostora raspolaganja ne bi bilo pravo na život ne bi bilo pravo osobnosti i to bi značajno „osaktilo“ sveukupno učenje o njemu.

Prava osobnosti su, općenito rečeno, mnogo dispozitivnija no što se to misli. Još uvijek postojeća konzervativnost u tom smislu je ponajviše povijesno određena.

Suvremeni život radikalno, ponekad i preradikalno, otvara nove slobodne prostore u tom pravcu. Pravu osobnosti moguće „egzotičnosti“ ne odgovaraju i čak vode njegovoj kompromitaciji. Razumna mjera (kao „aurea mediocritas“) je i tu neophodna.

„Pravni poslovi prava osobnosti“ moraju (želi li ući u opći okvir svih građanskopravnih poslova) udovoljavati i općim načelnim zahtjevima građanskog prava: prometnosti, ravnopravnosti, imovinske sankcije, neformalnosti, naplatnosti, jednakosti itd.

Ovim načelima pravo osobnosti udovoljava.

Promet pravima osobnosti gotovo je svakodnevno vidljiv. Ljudi trguju i unovčuju svoju sliku, glas, talent, znanje itd. Čak i prava na naknadu neimovinske štete zbog povrede prava osobnosti mogu sve slobodnije otuđivati i zalagati.¹⁰

Načelo neformalnosti (slobode oblika pravnog posla) nije bitno drukčije u odnosu na imovinsko građansko pravo. Obveznopravno načelo neobvezanosti oblika pravnog posla (st. 1. čl. 286. ZOO RH, NN 35/05 i 41/08) bitno je i za područje prava osobnosti. Suprotno od toga, tj. obvezanost oblika mora biti posebno propisana.

Naravno da će sociološka važnost konkretnog pravnog posla prava osobnosti odrediti obvezanost ili neobvezanost oblika pravnog posla. Ugovor o dozvoli objave vlastite slike u novinama (disponiranje pravom na vlastitu sliku) može biti i neformalan, ali npr. ugovor o davanju dijela ljudskoga tijela morao bi biti formalan, pa (u slučaju transplantacije sa živog donora) eventualno još i uz sudjelovanje javnih vlasti.

Ravnopravnost, jednakost stranaka i (isključivo) imovinska sankcija za neispunjenje obveza ne bi smjele predstavljati posebnu specifičnost.

Baš kao ni naplatnost, uz važne izuzetke (opet transplantacija) kojih ima i u imovinskom dijelu građanskog prava (darovanje).

Dogmatika pravnih poslova imovinskog prava ima doslovno milenijsku tradiciju. O dogmatici pravnih poslova prava osobnosti ne može se još ni govoriti, a o tradiciji još manje jer se pravo osobnosti tek stvara.

No, ova potanja okolnost ujedno omogućuje brži i slobodniji razvoj novih pojmova. Neopterećeno prošlošću koje nema ili je ima vrlo malo pravo osobnosti može smjelije krčiti nove izvorne putove u razvoju instituta pravnih poslova prava osobnosti.

¹⁰ Čl. 1105. ZOO RH iz O5.

U zemljama koje su prošle totalitaristička iskustva ostao je trag pasivnog odnosa građana prema svojim pravima. Samo demokratska društva mogu oblikovati prava osobnosti i dati mu pun, ponekad i posve novi sadržaj.¹¹

Pravo osobnosti uvijek daje dodatnu kvalitetu demokratskom društvu, ali izvorno nastanak toga prava ovisi o postojanju demokratskog društva i razine stvarnoga stupnja njegove demokracije.

Stvaranje učenja o „pravnim poslovima prava osobnosti“ svakako zahtijeva velike stvaralačke napore države, društva, građana u cjelini. Dakako i znanosti i prakse prava.

Suvremeno gospodarsko i političko stanje ne pogoduje većem „razmaku“ ovih razmišljanja jer se u kriznim situacijama ljudi vraćaju imovinskim temama.

Takva svojevrsna inertnost nepovoljan je čimbenik za daljnji razvoj materije prava osobnosti i pravnih poslova u tom pravcu.

III. POJEDINI PRAVNI POSLOVI PRAVA OSOBNOSTI

Prethodna analiza pokazuje da pravni poslovi prava osobnosti (načelno) udovoljavaju općim zahtjevima građanskog prava i da stoga ulaze u sastav toga prava.

Možda ne uvijek jednakim intenzitetom kao imovinska prava (imovinska prava su, npr. svakako više prenosiva, a prava osobnosti su više neprenosiva, ali su i jedna i druga u određenom smislu i prenosiva i neprenosiva), ali razina toga intenziteta ne mijenja bit stanja.

Stvaranje apstraktnoga pojma „pravnih poslova prava osobnosti“ ostat će, međutim, još dosta dugo otežano. Ne, samo zbog svih onih općih razloga koje smo u ovom radu već naveli, nego i nekih dodatnih od kojih ćemo ovdje spomenuti samo to da i u okviru učenja o pravu osobnosti postoje određene tendencije koje pravo osobnosti samo djelomično vide u privatnom pravu.

U svakom slučaju izgradnja punog i pravno do kraja koherentnog koncepta „pravnih poslova prava osobnosti“ bit će dug i vjerojatno dosta težak proces od kojeg, međutim, ne valja odustajati.

Kad bi se, recimo, sankcija za povredu prava osobnosti zadržavala samo na izvanugovornoj (deliktnoj, odštetnopravnoj) razini, pravo osobnosti još uvijek ne bi „izlazilo“ iz građanskog prava (jer je i odštetno pravo dio građanskog prava), ali interpolacija ugovora (pravnog posla) bitno pojačava taj zaključak, a i samim pravima osobnosti daje prepoznatljiviji i jasniji sadržaj.

Donekle jednostavniji proces bit će na razini konstrukcije pojedinih pravnih poslova prava osobnosti, odnosno (možda bolje rečeno) pravnih poslova vezanih uz

11 Ovdje kao primjer navodimo nedavni događaj u Austriji (dnevni list *Kurier* od 5.4.13.). Objavljen je, naime, članak koji opširno i s puno razumijevanja opisuje zahtjeve roditelja da se školski učitelji trebaju kvalitetnije obrazovati jer samo takvi mogu obrazovati njihovu djecu („*Opposition und Eltern kritisieren Lehrerausbildung*“). Demokratsko javno mnijenje vrlo često vrši pozitivan pritisak ne samo na demokratsku političku organizaciju društva nego i na njegove pojedine dijelove kao što je u našem slučaju pravo osobnosti. Bez pritisa ove vrste mnoga prava osobnosti, pa čak i samo pravo osobnosti, ne bi ni nastali (borba za ravnopravnost ljudi, ravnopravnost žena i muškaraca, pokret protiv svake diskriminacije, pravo na školovanje itd.).

neka prava osobnosti.

1. PRAVNI POSLOVI VEZANI UZ PRAVO NA ŽIVOT, TJELESNI I PSIHIČKI INTEGRITET

U ovom smo radu već naveli da je pravo na život ustavno pravo (st. 1. čl. 21. Ustava RH, npr. i st. 2. čl. 2. njemačkoga Saveznog Ustava), a također je i pravo osobnosti (st. 1. čl. 19. ZOO RH iz 05., st. 1. čl. 823. BGB).

Također smo prethodno naveli i neke bitne probleme oko mogućeg (ne) raspolaganja prava na život koji izazivaju apriorne probleme oko građanskopravnoga karaktera tog prava.

Slobodno disponiranje je u zoni prava na život svakako dosta ograničeno (ne može npr. netko „prodavati“ ili zalagati svoj život) ali ga ima i to relativno dosta.

U taj (i toliki) mogući prostor slobodnoga stranačkog raspolaganja pravom na život „uskaču“ i odgovarajući pravni poslovi građanskog prava.

1.1. Pravni poslovi vezani uz rad na posebno teškim i otežavajućim uvjetima

Čovjek gotovo svakodnevno raspolaže svojim pravom na život (čak riskira svoj život) i stoga je taj prostor slobodnog disponiranja mnogo veći no što se obično misli. Suvremeni način života (veća uporaba tehnike i tehnologije, intenzivniji način života, manja vezanost uz prirodu i prirodni život itd.) samo pojačavaju broj i opasnosti rizika. Uz sve to, čovjek bačen u žrvanj ovakva života samo sve više prihvaća ove rizike jer time želi rješavati probleme vlastita postojanja i afirmacije u društvu.

Rad na velikim visinama ili dubinama, rad s opasnim stvarima ili u opasnim djelatnostima, rad u cirkusima (npr. poziranje bacačima noževa), sport (napose neke vrste ekstremnih borilačkih sportova) i sl. zorno prikazuju da se u ovim zonama ljudi vrlo intenzivno (u načelu i dobrovoljno) izlažu riziku gubitka zdravlja, a nerijetko i samoga života.

U sva ova pitanja pravo je premalo ušlo, a i kada to čini, u pravilu se zadovoljava i ostaje samo ili pretežito na razini administrativno radne regulacije.¹²

Od svih (samo primjerice) navedenih situacija tek, naprotiv, učiniti ugovorni odnos, s jasnim sadržajem i određenim obvezatnim oblikom. Možda i uz određeno sudjelovanje nekog javnog tijela (npr. pravobranitelja za mladež, žene, sportaša i sl.).

Poslati nekog 19-godišnjaka na neki opasan rad (ponavljamo u velike dubine, velike visine, uporaba opasne tehnologije, opasnost zaraze i sl.) nije samo radnopravno pitanje „slobodnog radnog mjesta“ na koje se zaposlenik raspoređuje, odnosno gdje je ugovor o radu samo dokument tog rasporeda, a ne i pravni dokument kojim (u

12 Zakon o radu (pročišćen tekst, NN 137/04.) govori, npr. posebno o zabrani rada maloljetniku na određenim poslovima (čl. 23.) i o posebnim uvjetima za sklapanje ugovora o radu koje suglasno pravilnicima ovlaštenog ministra mora ispunjavati zaposlenik (čl. 25.). U ovom drugom slučaju u pravilu se misli na teške i opasne poslove koje ipak ne bi trebalo prepustiti samo statusnoj regulaciji (pravilnicima ministra) nego ih valja dići na razini obveznopravne pogodbe.

dogovoru s poslodavcem) zaposlenik slobodno i promišljeno raspolaže svojim pravima na život, tjelesni i psihički integritet.

Sport je danas posebno pitanje. U želji za novcem i slavom sve više mladih ljudi (i njihovih roditelja!) prihvaća prave torture treninga i vježbi koje sve češće uništavaju zdravlje i život mladih sportaša. Moderne „gladijatore“ treba stoga zaštititi posebnim građanskopravnim ugovorima, zajedno i s onim pravnim mehanizmima koje predviđaju i pojedina sportska udruženja.

U svim ovim pitanjima gubi se iz vida građanskopravna, odnosno dimenzija prava osobnosti kao apstraktne pravne regulacije (npr. Zakon o radu i drugi propisi radnog prava) i konkretne primjene zakona (ugovori o radu, ugovori o djelu i sl.).

Nebitno je pitanje treba li o disponiranju pravima na život i tjelesni integritet sastaviti poseban ugovor ili to može biti dio ugovora o radu; bitno je da sklopljen posao sadrži jasan dio koji se odnosi na raspolaganje i njegov značaj.

1.2. Pravni poslovi vezani uz raspolaganje prava na život i osobni (tjelesni i psihički) integritet u užem smislu

Raspolaganje pravom na život „u užem smislu“, raspolaganje je gdje čovjek sam (u ime svog prava na život) određuje i kraj života, tj. određuje svoju smrt.

U prethodno spomenutim situacijama (opasni radovi, opasni sportovi i sl.) čovjek samo preuzima rizik smrti i gubitka zdravlja, ali vjeruje da do toga ipak neće doći. Sada, kada pravom na život raspolaže u „užem smislu“ nije samo u području rizika, tu se rizik na neki način već dogodio i on ga u cijelosti želi i prihvaća ga.

Pritom se javljaju dva posebno velika i međusobno povezana pravna pitanja: pravo na eutanaziju i problem oblika pravnog posla kojim se eutanazija izaziva (tzv. informirani pristanak i „biološka oporuka“).

1.2.1. Eutanazija je, izvorno gledano, „dobra, ugodna, smrt“.¹³

Pravno, pogotovo suvremeno rečeno, to je svjesno određen prekid života prije njegova prirodna kraja.¹⁴

Općepoznato je da se sve najveće svjetske religije (kršćanstvo, islam, judaizam) protive eutanaziji. Njihov je stav da ljudski život dolazi od Boga i da samo Bog može odrediti njegov kraj. Rimokatolička crkva se u tomu posebno jasno odredila.¹⁵

13 Pojam „eutanazije“ datira još iz grčkih vremena i doslovno znači „lagana, dobra smrt“. Suvremeni pojam eutanazije nastao je negdje u 16. stoljeću i veže se uz F. Bacona i danas je primarno koncipira kao provociranje smrti prije no što bi ona nastupila po prirodnom redu stvari (vidjeti Geschichte der Euthanasie - Wikipedia).

14 Našom ocjenom jednu je od najboljih i najpreciznijih definicija eutanazije dao talijanski profesor T. Ballarino, redoviti profesor Sveučilišta u Padovi (Eutanasia e testamento biologico nel conflitto di leggi, Rivista di diritto civile, Padova br. 1/08, str. 71). Po njemu je eutanazija postupak jedne osobe usmjeren na bezbolnu smrt druge osobe suglasno volji te osobe izraženo bilo unaprijed bilo u konkretnom kontekstu, radi oslobođenja od nepodnošljivih bolova ili dovršetka života koji je izgubio dostojanstvo.

15 Taj je stav Rimokatolička crkva izrazila u Deklaraciji o eutanaziji iz 1980. godine. Izrazila ju je

Sve više, međutim, ima država koje dopuštaju eutanaziju.¹⁶ Može se čak i pretpostavljati da će se njihov broj širiti u budućnosti.

Osim bitnog i načelnog filozofsko-pravnog pitanja uključuje li pravo na život i pravo na smrt (što će zasigurno još jako dugo izazivati velike i žestoke rasprave), treba napose riješiti moguće zloupotrebe prava na eutanaziju jer u tom slučaju eutanazija znači samo najobičnije prikrivanje ubojstva.

U Republici Hrvatskoj se na postojećem stupnju ustavne i zakonske regulacije ne može odlučno tvrditi da proklamirano pravo na život *ipso facto* znači i pravo na smrt, tj. pravo na prakticiranje eutanazije. O mogućoj praksi ne znamo ništa, a ako je i ima podliježe kaznenopravnoj kvalifikaciji ubojstva, a ne izvršavanju dopuštenog pravnog posla.¹⁷

U suvremenom društvu (hrvatskom također) sve je više starijih i bolesnih ljudi. Prosječno trajanje ljudskoga života u proteklih stotinu godina silno je poraslo (od 52 na 75 godina) i to otvara mnoga pitanja na području zdravstva, socijalnog osiguranja, liječenja i uzdržavanja starih i nemoćnih osoba.

Pitanje je iznimno načelne naravi. Taj „višak“ ljudi ne može se rješavati njihovim fizičkim uklanjanjem (čega je u prošlosti, nažalost, bilo), a također niti dozvolom za samoubojstvo ili njegovim propagiranjem koje je (moguće) umotati u tako nježan „celofan“ kao što je pravo na eutanaziju.

Kad se eutanazija i dopušta (kako smo naveli, neke su države to već i učinile), treba posebno ukazati da je pritom nužno uzeti u obzir i još neke specifične uvjete:

- da je u pitanju, tzv. terminalna bolest¹⁸

Kongregacija za doktrinu vjere (kojoj je tada predsjedao hrvatski kardinal F. Šeper), a odobrio ju je Papa Ivan Pavao II. u drugoj godini njegova pontifikata. Deklaracija naglašava važnost ljudskog života kao temelj svega i kao dar Božje ljubavi; ubojstvo, dobrovoljno ubojstvo i samoubojstvo predstavljaju otklon Božje ljubavi i stoga su neprihvatljivi. Teški bolesnici se podsjećaju da i nepodnošljivi bolovi mogu biti znak Božjih spasilackih planova, a svi koji su teškom bolesniku najbliži pozivaju se da ih prate posebnom toplinom i ljubavlju.

- 16 Države koje dopuštaju eutanaziju su npr., Nizozemska, Belgija, Danska, Švedska (vidjeti: K. P. Gorlitzer, *Regeln zur Lebensbeendigung „auch Wunsch“* ib den Niederlander, Belgien und Danemark, Dokumentation der Tagung vom 18/19. Oktober 2002., Essen 2003.). Razvoj nizozemskoga eutanazijskog prava posebno je prikazao talijanski profesor G. Smorto (Note comparative sull' eutanasio, *Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*, Palermo br.7/07, str.150). Nužne pretpostavke za dozvolu eutanazije su: 1) volja, svjesno izražena volja pacijenta, 2) kompletna stručno-medicinska informacija o stanju bolesti (informirani pristanak) 3) sagledavanje tog stanja unutar određenog i stručno relevantnog vremena, 4) kroničnost bolesti i nepodnošljivost bolova bez mogućnosti poboljšanja i 5) savjet s barem još jednim liječnikom.

Recentno se prve inicijative za dozvolu eutanazije javljaju i u tradicionalno visokokatoličkoj Italiji (Settantamila firme per legge sull' eutanasia, *Corriere della sera* 23.9.13.).

- 17 Po Kodeksu liječničke etike i deontologije u Republici Hrvatskoj (t. 2. Temeljnih načela) liječnik je dužan „poštovati ljudski život od njegova početka do smrti“. Misli se očito „da prirodne smrti“ i to onda ne stvara nikakve mogućnosti za aktivnu eutanaziju. Ne bi to, naravno, bilo moguće ni da Kodeks glasi drukčije jer Ustav RH i propisi o pravu osobnosti (ZOO prije svega) za pravo na smrt u ime prava na život ne daju relevantno uporište.
- 18 „Terminalna bolest“ je primarno medicinski, ali je i pravni pojam. U biti znači bolest „koja se ne može izliječiti ili adekvatno tretirati i koja će rezultirati smrću pacijenta u kratkom vremenskom periodu“ (Wikipedija). Takvo stanje treba, naravno, potvrditi ali i vrlo oprezno

- da je osoba koja se treba eutanazirati dala svjesni pristanak i
- da je ona prije tog pristanka dobila kvalitetnu informaciju o stanju svog zdravlja i mogućnosti izlječenja, odnosno o prijetećim mukama i bolovima koji nisu razmjerni određenoj prosječnoj „obvezi“ trpljenja bolova.¹⁹

O pravu na eutanaziju društvo se mora odrediti. Lažne modernizme valja pritom odbaciti, jer je povezivanje prava na smrt s pravom na život zapravo negacija prava na život. Kako je rekao filozof E. Fromm („Umijeće ljubavi“) to je nekrofilan pristup životu, a čovječanstvu je potreban biofilan pristup koji naglašava radost života, a ne njegov po volji čovjeka isprovociran kraj. Potrebna je kultura života, a ne „kultura“ smrti.

1.2.2. Pravo na eutanaziju (kada se i gdje dopušta) ostvaruje se određenim pravnim poslom.

Trenutno postoje dva već udomaćena (imenovana) izraza u tom pravcu: biološka oporuka i informirani (izričiti ili konkludentni) pristanak. „Biološka oporuka“ (*testamento biologico*) je pojam i praksa talijanskoga prava.

To nije nikakva oporuka u smislu nasljednog prava, jer ovdje učinak „oporuke“ nastupa već tijekom života „oporučitelja“. To je jednostavni pravni posao kojim pacijent izjavljuje volju da ga se, nakon pada u terminalnu etapu bolesti, eutanazira, tj. da se prekine njegov život (bilo da se prekine umjetno održavanje života bilo da se prekine prirodni život zbog neizlječivosti i muka u terminalnom stadiju bolesti).²⁰

Takvu „oporuku“ pacijent (bolesnik) treba dati u svjesnom stanju, tj. u stanju sposobnosti za rasuđivanje (mentalne sposobnosti, odnosno prirodne poslovne sposobnosti).²¹

U Republici Hrvatskoj ni normativno, a (nadamo se) ni stvarno eutanazije nema. Eventualno prakticiranje eutanazije je pod djelokrugom kaznenog prava i stoga nam

prihvaćati, napose zbog dva temeljna razloga: što suvremena medicina jako brzo napreduje (i vrlo često bolesti koje su jučer bile „terminalne“ danas to više nisu) i, drugo, što čovjek ima u sebi prirodno ugrađen „termostat“ života, želi živjeti pa se nerijetko može i predomisli u odnosu na izraženu želju za prekidom života.

- 19 T. Ballarino, *Note comparatistiche...*, op. cit., str. 152. Sve su to, po našoj ocjeni, dosta subjektivni standardi koji, minimalno, zahtijevaju rigoroznu i posebno ekspertnu medicinsko-pravnu potvrdu i valorizaciju.
- 20 Pasivna eutanazija, odnosno pomoć pri takvoj eutanaziji i isključenje s aparata kada samo ti aparati održavaju život nisu isti pojmovi. Prvi svakako predstavlja eutanaziju sa svim dvojabama koje ona donosi, drugo (bilo u aktivnom bilo u pasivnom obliku, najčešće dakako u ovom drugom) nemaju pojmovne veze s eutanazijom te to npr. i vatikanska Deklaracija o eutanaziji ne zabranjuje.
- 21 Zakon o nasljeđivanju RH (NN 48/03., 163/03. i 35/05. ,st. 1. čl. 26.) govori o „sposobnosti za rasuđivanje“ kao jednoj od pretpostavki sposobnosti oporučivanja, odnosno valjanosti oporuke. N. Gavella i V. Belaj (*Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008.), to kvalificiraju kao „mentalnu sposobnost“ oporučitelja. Nama se čini možda još primjerenijim izraz „prirodna poslovna sposobnost“ jer vodi računa ne samo o duševnoj bolesti i duševnom stanju nego i o drugim moguće relevantnim razlozima koji onemogućuju slobodno i ozbiljno izražavanje volje (mladost, lakomislenost, stres, utjecaj alkohola i droge, životno neiskustvo, neznanje, neobaviještenost itd.).

ni „biološka“ oporuka ovog trenutka nije zanimljiv pojam za pravu eutanaziju, ali je za postupak gdje pacijent određuje prekid umjetnog održavanja života (aparatura) kada je to jedini način održavanja života. Tada je čak dopuštena i aktivna „eutanazija“, tj. da sami liječnici odrede isključenje aparata, a time i prekid života određene osobe.

Drugi je oblik izražavanja volje za eutanazijom (bilo prave eutanazije bilo samo u obliku isključenja aparata koji jedino održavaju život) pristanak pacijenta, izričito ili prešutno.²²

Pritom, prema našoj ocjeni, valja biti vrlo oprezan u tumačenju određenih konkludentnih radnji jer je u prirodi čovjeka želja (instinkt, „termostat“) života, a ne želja smrti.

Ni izrijeком eventualno dati pristanak pacijenta nije bez barem nekih problema. Zdravstveno stanje (i stanje svijesti s tim povezano) odlučujuće određuje „slobodno i ozbiljno“ izraženu volju (st. 3. čl. 249. ZOO RH iz 05.). Ovo nužno implicira prethodnu, vrlo složenu i objektivnu potvrdu stvarnoga stanja zdravlja i postojanja (ne)izgleda za izlječenje. Završnu verifikaciju svakako ne bi smio dati liječnik(-ordinarijus) nego konzilijum liječnika u kojem bi trebao sudjelovati i (kao zainteresirana strana) ovlaštenu ili zakonom određenu zastupnik pacijenta.

„Biološka oporuka“ ili „informirani pristanak“ učinjeni bez postojanja relevantne prirodne poslovne sposobnosti ništeti su pravni poslovi. Ako tako izražena volja još nije ostvarena (pacijent je još u životu) treba hitno prekinuti svaki rad na tomu (zahtjev da se prestane s povredom prava osobnosti – čl. 1048. ZOO RH iz 05.), a u protivnom (kada je smrt već nastupila) treba nasljednicima dotične osobe priznati pravo na popravljane neimovinske štete zbog protupravne smrti bliskog srodnika (čl. 1101. ZOO iz 05.).

Ovo posljednje promišljanje (pozivanje na ZOO) ujedno je još jedan dokaz da se krećemo u materiji građanskog prava, odnosno da su pravo osobnosti i s njim povezani pravni poslovi također *par excellence* predmet građanskog prava.

1.2.3. Problem prekida trudnoće i (mogući) pravni poslovi s tim u svezi

Prekid trudnoće (abortus) jedan je od većih filozofsko-vrijednosnih problema današnjice. U Republici Hrvatskoj prekid trudnoće načelno je dopušten. Temelj te dozvole je Zakon o zdravstvenoj zaštiti iz čak 1978. godine, donesen u bivšoj državi i bivšem (komunističkom) vrijednosnom sustavu.²³

22 U poznatom talijanskom slučaju Englaro je talijanski Vrhovni (kasacijski) sud u poznatoj presudi od 13.11.2008. (sentenca 27145/08 prihvatio kao relevantno izraženu volju za isključenje s aparata za održavanje života i situaciju gdje je pacijentica mogla komunicirati s liječnicima samo preko jedne sonde i živjela je samo pomoću te sonde. U presudi napisanoj na 21 stranici talijanski Vrhovni sud naglašava da se ne radi o eutanaziji i da su i sama pacijentica i njezini roditelji temeljem jasnog stanja zdravlja i bolesti legitimno zatražili isključenje s aparata. Talijanska opća i pravnička javnost bila je oko toga ipak jako podijeljena.

23 Pred Ustavnim sudom RH još od 1991. godine teče postupak za ispitivanje ustavnosti Zakona o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece (predmet posl. br. U-I/60/1991.). Očito neki razlozi ustavnosudskog oportuniteta izazivaju toliko odgađanje donošenja odluke, premda, čini nam se, supstancijalnih razloga za to nema (riječ je o Zakonu iz čak 1978. godine donesenom u bitno drukčijim državnim i političkim okolnostima, o

Komparativna rješenja se razlikuju od potpune zabrane do potpune liberalizacije pobačaja. Jedno srednje rješenje trebalo bi se kretati između načelne dozvole, ali i strogih (strožih) pretpostavki za tu dozvolu.

Treba, naime, pritom uvažiti legitimne želje i očekivanja više subjekata: roditelja djeteta na prvom mjestu, u izvjesnom smislu i državne zajednice (populacijska politika), moralni sustav društva i (što može zvučati prerolucionarno, ali to zapravo nije) samoga još nerođenog djeteta kojeg dakako treba predstavljati poseban skrbnik (zbog moguće kolizije sa željama roditelja).

Ovo potonje promišljanje izrazio je veliki talijanski filozof prava N. Bobbio koji je posebno zapazio da se o dozvoli za pobačaj začudo ne pita onoga tko je u toj „igri“ najvažniji i o čijoj se „glavi“ radi - čovjek u stadiju začeca i očekivanju poroda.

Zanimljivo je da nasljedno pravo štiti imovinsko, nasljedno pravo još nerođena djeteta (ZN RH st. 2. čl. 124 i čl. 214.), a nemamo odredbi o zaštiti najvažnijeg prava još nerođena djeteta - prava na rođenje kao oblika prava na život.

Ovo pravo valja nužno i žurno uvesti u pravni sustav Republike Hrvatske. Vjerojatno najprikladnije u nekom novom propisu koji će regulirati pravo i mogućnost prekida trudnoće.

Pritom, valja dozvolu za prekid trudnoće regulirati ne kao statusno pitanje (ovlast neke liječničke komisije) nego kao poseban pravni posao između roditelja još nerođenog djeteta, posebnog djetetovog skrbnika i bolnice koji izvodi prekid trudnoće. Naravno da takav pravni posao podliježe kontroli i odgovornosti kao i svaki građanskopravni posao.

Rasprava o dozvoli i pravnim pretpostavkama prekida trudnoće (koja je u svakoj društvenoj zajednici uvijek posebno burna) ne bi smjela ni izostaviti ni umanjiti pitanja o regulaciji pravnog posla kojim se pravo na prekid trudnoće ostvaruje. Štoviše, odsustvo te realizacije ili njegova loša regulacija bitno umanjuje sam institut pravnog uređenja prava na prekid trudnoće.

Kada (i ako) država pod određenim pretpostavkama dopusti prekidanje trudnoće, država je preko mreže svojih javnih bolnica dužna sklopiti pravni posao kojim će se to pravo ostvariti. Radi se o obveznom sklapanju ugovora (st. 1. čl. 248. ZOO RH iz 05.).

Zapreka tomu nije ni ustavno pravo na prigovor savjesti (st. 2. čl. 47. Ustava RH) jer je državna bolnica dužna osigurati posao tako da ni ostvarivanje prava na prekid trudnoće suglasna zakonu ne dolazi u pitanje.

1.2.4. Pravni poslovi vezani uz presađivanje (transplantaciju) dijelova ljudskoga tijela

Presađivanje dijelova ljudskoga tijela (općepoznato pod nazivom transplantacija) jedno je od najvećih suvremenih oblika napretka medicine i prava na području prava osobnosti.

Hrvatska je na samom europskom i svjetskom vrhu po broju i uspješnosti

Zakonu koji je u međuvremenu postao i toliko obsoletan da je moguće i izgubio svaku važnost, a osim toga u onih 35 godina svijet se i kod kuće i vani jako promijenio).

transplantacije.²⁴ Zemlje koje su u mnogim oblastima ispred nas (ponekad i daleko iznad nas) na području transplantacije dosta kasne.²⁵

Sve je više tjelesnih organa koji se mogu presađivati (srce, jetra, bubrezi, gušterača, koštana srž itd.), sve je veći broj transplantacija i sve su veći uspjesi na području transplantacijske medicine. Pozitivno je i to što i Crkva zagovara presađivanje tjelesnih organa kao način liječenja.²⁶

To ipak ne znači da je samo transplantacija bez određenih pravnih problema. Ovdje ćemo navesti samo neke, one koji se odnose na pravne poslove vezane uz presađivanje tjelesnih organa. Prvo valja reći da postoje dva temeljna oblika transplantacije: sa živog darivatelja (donora) i s mrtvog davatelja (kadavera).

Presađivanje organa s jedne žive osobe na drugu je manje prisutno (negdje oko 10%). Razlog tomu su određene prirodne činjenice: donor mora biti posebno dobra zdravlja, u pravilu mora biti krvni srodnik primatelja, a eksplantacija organa ne smije ugroziti životnu sposobnost donora.

U tom slučaju davanje organa (koje mora biti slobodno i besplatno) nije pravni posao darovanja u uobičajenom građanskopravnom (imovinskopravnom) smislu ove riječi jer dijelovi ljudskoga tijela nisu stvar u slobodnom pravnom prometu, nego je to jedan *sui generis* pravni posao prava osobnosti koji ima svoju objektivnu *causu* liječenje primatelja organa. Preporučljivo je da se takav pravni posao sklopi u pisanoj formi i uz nazočnost tijela državne vlasti, kao što je npr. u Italiji.²⁷

Drugi je oblik, tzv. kadaverična transplantacija, tj. takva transplantacija gdje se

24 „Po broju darivatelja i transplantacija prvi smo u svijetu“ (Večernji list, Zagreb, 24.05.2012.). Riječ je o egzaktim brojkama koje je javnosti predstavilo Ministarstvo zdravlja RH (33,5 davatelja na milijun stanovnika, a 2011. godine presađeno je 413 organa). Istom je prigodom (Nacionalni dan darivanja i presađivanja tkiva organa 26.5.) u dnevniku javne televizije rečeno da je „... tome pridonio rad udruga bolesnika, medija i svakako uspjesi na području transplantacijske medicine“ (prof. dr. sc. Željko Kaštelan, predstojnik Klinike za urologiju KBC Zagreb).

25 Njemačka, npr. tek od 1. prosinca 2012. ima u europskom smislu moderan transplantacijski zakon (*Organspendengesetz*); ne zasniva se, međutim, na presumiranom pristanku davatelja organa nego na izričitom pristanku o čemu se vodi posebna centralizirana evidencija, a svaki (budući) davatelj organa mora ishoditi posebnu iskaznicu (*Organspendenausweis*). Austrija nema posebni transplantacijski zakon nego se materija regulira unutar propisa o zdravstvenom osiguranju (*Bundesgesetz ueber Krankenanstalten und Kuranstalten*) koji isključuju transplantaciju ako je izričito izraženo protivljenje (to bi bilo slično našem presumiranom pristanku). Italija ima poseban transplantacijski zakon iz 1999. (Legge n.91 iz 1999.) – „Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti“. U 28 minuciozno sročениh članaka mnogo se pažnje posebno posvećuje: utvrđivanju smrti donora, njegovoj stvarnoj i pravoj volji za donacijom organa ili tkiva te o posebnom informiranom pristanku ako je riječ o uzimanju tijela i organa sa živog donora). Zakon poznaje pravilo presumiranog pristanka (čl. 4.), baš kao i savezni švicarski Zakon o transplantaciji od 8. listopada 2004. godine.

26 Papa Benedikt, XVI. više je puta istaknuo da je davanje (darivanje) organa „akt ljubavi“ („un atto d' amore“); upozorilo je ipak da je u transplantaciji nužna veća jasnoća o nastupjeloj smrti davatelja („Serve piu' certezza su morte avvenuta“) (La Repubblica.it., 10. prosinca 2008.).

27 Posebni zakoni (za transplantaciju bubrega i jetre) predviđaju sudska dozvolu za transplantaciju sa živog donora, opći zakon (n. 91 iz 1999.) predviđa kontrolu Nacionalnog centra za transplantaciju koji uredbom ministra ima i svoj jak pravnički dio. Slična je regulacija i u švicarskom zakonu.

određeni tjelesni organi uzimaju iz umrle osobe i „ugrađuju“ u tijelo živog primatelja organa. Medicina i pravo preferiraju ovaj oblik presađivanja organa što slijedi i praksa (90%).

Određeni organ, međutim, ne može se uzeti iz svake umrle osobe. U pravilu se traži pristanak te osobe izražen za njezina života ili pristanak njene obitelji²⁸. Jedno je od rješenja i propisivanje presumiranog (pretpostavljenog) pristanka.²⁹

Drugi je uvjet da je nađen medicinski kompatibilan organ koji će se implantirati u tuđe tijelo. Ta je etapa pretežno (možda čak i isključivo) u rukama liječnika, premda postoje i pravna pitanja.³⁰

Ispunjenjem navedenih uvjeta trebalo bi slijediti sklapanje ugovora o transplantaciji. Njega bi trebali sklopiti Bolnica koja posjeduje organ koji se ima implantirati (i koja, dakako, ima za to posebno kvalificirano medicinsko osoblje) i pacijent-primatelj organa ili njegov ovlaštenu zastupnik. Kako se presađivanje tjelesnih organa, na načelnoj razini, smatra liječenjem, stvar zapravo potpada pod sklapanja ugovora o liječenju što uglavnom neće biti sporno, ali samo ako izražava specifičnu pravno-medicinsku značajku transplantacije.

Hrvatska ima poseban Zakon o presađivanju ljudskih organa u svrhu liječenja (NN 144/12). To, međutim, nije prva regulacija u ovom području jer je prvi propis o tomu donesen još, 1980. godine.³¹

28 Europska povelja o transplantaciji organa (15.10.96.) naglašava nužnost precizne definicije smrti davatelja organa, nacionalnim zakonom predviđen njegov pristanak na darivanje i (svakako) odsustvo njegovog protivljenja za transplantaciju.

29 Presumirani pristanak olakšava presađivanje organa jer isključuje transplantaciju samo ako se darivatelj tomu izričito usprotivio. Protivnici tog pravila primjećuju da neke osobe (npr. zbog mladosti) ne misle na to pa i ne stignu izraziti svoje protivljenje na transplantaciju, iako je stvarno za slučaj svoje smrti ne žele.

30 Liječnička struka opravdano smatra da transplantacija zahtijeva mnogo i teško etičko rješenje (vidjeti npr. rad D. Derežića i Zvonimira Marekovića „Etički problemi vezani uz transplantaciju organa“, str.133-138 u knjizi Medicinska etika, Zagreb, 2007.). Mislimo da to ipak ne isključuje, jednako tako teško i ozbiljno, pravno rješenje s obzirom na to da se radi o važnim pravima građana - ustavnom pravu na život, tjelesni i psihički integritet i liječenje.

31 Zakon o presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja (NN 31/80.). Zatim smo imali zakon istog naziva 1974. (NN 177/04.), pa izmjene tog zakona 2009. (NN 45/09.) i konačni novi zakon (s ponešto izmijenjenim nazivom) Zakon o presađivanju ljudskih organa u svrhu liječenja (NN 144/12.).

Transplantacijske propise čine i poseban Pravilnik o kriterijima za dodjelu dijelova ljudskog tijela i vođenje nacionalne liste čekanja (NN 152/05. i 84/07.), kao i Kazneni zakon koji nedopušteno uzimanje i presađivanje dijelova ljudskog tijela propisuje kao kazneno djelo (čl. 242.). Prema st. 1. čl. 242. KZH kazneno djelo „nedozvoljenog presađivanja dijelova ljudskog tijela“ postoji i kod medicinski neopravdane presadbe makar i s pristankom primatelja. Nema dvojbe da tumačenje odnosne kaznene odredbe nije moguće bez Zakona o presađivanju ljudskih organa u svrhu liječenja. U svezi s tzv. listama čekanja kod kadaverične transplantacije (tzv. *Warteliste* na njemačkom govornom području) valja reći da se javnosti (možda ipak do kraja ne potpuno utemeljena) govori o automatizmu diktiranom „kompjuterskim izbacivanjem“. Neki događaji u uzorno organiziranoj Njemačkoj pokazuju da i tu manipulacija ima, odnosno da je i tu potrebna određena pravna kontrola (vidi Kurier, Austrija od 6.6.13.: Skandal um Organspenden an Uniklinik; Das Bild od 26.3.2013. „Wie gross ist der Organspende- Skandal wirklich?“).

Zakon iz 2012. određuje sljedeće elemente:

- poznaje obje vrste transplantacije, tj. sa živog donora i s umrle osobe, liječenje (zdravlje) primatelja organa je bitna i jedina svrha transplantacije, uzimanje dijelova ljudskog sa živa tijela isključivo je dobrovoljno³² i besplatno,³³ a volja darivatelja (donora) mora biti dana u pisanom obliku,
- kod kadaverične transplantacije presumira se suglasnost donora (postoji uvijek osim ako se darivatelj organa za života nije u pisanom obliku protivio darivanju organa).³⁴

Zakon je pozitivan iskorak na liniji moderne transplantacijske medicine i transplantacijskog prava. Ipak, valja mu uputiti i neke zamjerke, primjerice:

- kod transplantacije sa živog donora pristanak, kako je naprijed navedeno, mora biti dan u „pisanom obliku“ (st. 2. čl. 15.); to ipak nije potpuno dostatno jamstvo za obveznopravni standard „slobodno i ozbiljno izjavljene volje“ (st. 3. čl. 249. ZOO iz 05.), osobito jer se govori o „tiskanicama“ koje bi trebale biti pravni oblik relevantne volje (!) i
- kod kadaverične transplantacije „lista čekanja“ nije dostatno uređena i može dovoditi u pitanje punu medicinsku i pravnu transparentnost.

Prednosti Zakona ipak su mnogo veće od njegovih nedostataka i zasigurno će doprinijeti daljnjem uspješnom razvoju transplantacijske medicine. Okvir domaćega transplantacijskog prava, osim Zakona o presađivanju ljudskih organa radi liječenja čine još:

- Pravilnik o načinu, postupku i medicinskim kriterijima za utvrđivanje smrti osobe čiji se dijelovi tijela mogu uzimati radi presađivanja (NN 3/06),³⁵

32 Dobrovoljnost davanja (darivanja) organa mora biti izričito (i u pisanom obliku) kod transplantacije sa žive osobe; kod kadaveričnog presađivanja dobrovoljnost je izražena kod pravila o presumiranom pristanku (st. 1. čl. 17.). Dobrovoljni pristanak mora u oba oblika presađivanja dati i primatelj organa (može to npr. odbiti ako smatra da može dobiti medicinski prikladniji organ).

33 Ugovor o darivanju (davanju) tjelesnih organa je *per definitionem* besplatan pravni posao. Zato Zakon zabranjuje dobivanje bilo kakve naknade ili dobivanje druge imovinske koristi za dati organ (st. 1. čl. 8.), ali dopušta (što je u skladu s europskim transplantacijskim pravom) ugovaranje naknade za imovinske gubitke nastale u svezi s transplantacijom (st. 2. čl. 8.). U tom slučaju dolaze u obzir pravila imovinskog građanskog (obveznog) prava. Treba se pritom čuvati moguće prakse da legalna naknada imovinske koristi (npr. trošak liječenja ili gubitak zarade vezani uz pripremu i provođenje transplantacije sa živa davatelja) bude pokriće za naknadu koja se daje za davanje organa. Zakon ne predviđa (baš kao ni zakon Njemačke, Austrije, Italije i Švicarske) ugovaranje presadbe sa živa davatelja, ali tek po njegovoj smrti (bila bi to svojevrsna neimovinska donacija *mortis causa*). Moguće zloupotrebe su tu prevelike. Zakon ima u vidu presadbu sa živog donora samo u korist primatelja prve linije krvnog srodstva (st. 3. čl. 11) i imajući u vidu posao *inter vivos* (arg. iz čl. 21.)

34 Ustavnost ove odredbe potvrdio je Ustavni sud RH u odluci iz 2005. (U-I-3631/2005).

35 Pravilnik polazi od kriterija smrti mozga (čl. 2.). U nekim dijelovima vrhunske medicine taj se pojam načelno dovodi u pitanje, iz čega filozofija prava dovodi u pitanje i samu dopustivost transplantacije (vidjeti npr. P. Pagnalucci – *Se la morte cerebrale non è la vera morte, sono legittimi i trapianti?*, Rivista internazionale di filosofia di diritto, Milano br.1-2/2006.). I opća javnost (npr. austrijska) postavlja pitanje o utvrđivanju smrti donora kao pretpostavci transplantacije (*Wie tot muss ein Organspender sein? – Der Standard* od 29. rujna 2013.).

- Zakon o zaštiti prava pacijenata (NN 169/04),³⁶
- Zakon o zdravstvenoj zaštiti (NN 150/08, 71/10, 139/10, 22/11, 84/11, 154/11, 12/12, 35/12, 70/12, 144/12 i 82/13),³⁷
- Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju (NN 80/13)³⁸ te
- Kodeks medicinske etike i deontologije.³⁹

2. PRAVNI POSLOVI VEZANI UZ LIJEČENJE ČOVJEKA

Pravni posao (ugovor) o liječenju je, gledano sustavno i metodološki, negdje između pravnih poslova vezanih uz pravo za život (prethodno poglavlje ovoga rada) i ostalih pravnih poslova prava osobnosti (naredna poglavlja).

U domaćem pravnom sustavu to nije jednostavan pravni odnos. Obuhvaća četiri temeljna sudionika: službu zdravstvenog osiguranja, zdravstvenu ustanovu (bolnicu) koja provodi liječenje, liječnika i ostalo medicinsko osoblje koji kao zaposlenici bolnice neposredno provode liječenje i pacijenta kao korisnika njihovih usluga.

Taj pravni odnos sadrži i dodatne „komplikacije“. Sadrži, naime, više zasebnih pravnih odnosa pa onda i više zasebnih pravnih poslova: odnos zdravstveno osiguranje i pacijenta (osiguranika), odnos zdravstvenog osiguranja i zdravstvene ustanove (bolnice), odnos bolnice i liječnika (i ostalog medicinskog osoblja) i odnos pacijent i bolnice, odnosno njezinog medicinskog osoblja.

Hrvatska ima vrhunsku medicinu, ali loše zdravstvo koje priječi da velika dostignuća suvremene medicine dođu do svakoga pacijenta. Problem je prije svega financijske, ali i organizacijske naravi. U zemlji gdje je zaposlenost sve manja (zbog sve manjeg broja radnih mjesta) novaca (i) za zdravstvo je sve manje, koje stvara ogromne gubitke koje Vlada RH za sada nekako uspijeva sanirati, ali je pitanje do kada će moći.

Jedno je od rješenja i razvoj koncepcije supostojanja javnih i privatnih bolnica. Zakon o zdravstvenoj zaštiti to omogućuje, ali ne i za građane bitan uvjet: da privatna bolnica bude dostupna jednako kao i javna (temeljem iskaznice zdravstvenog osiguranja). Dodatno i posebno plaćanje privatnoj bolnici neprihvatljivo je pored činjenice da taj isti građanin već plaća doprinose za zdravstveno osiguranje.

36 Taj Zakon govori općenito o pristanku pacijenta na liječenje (čl. 5.-28.), pa se primjenjuju i na primatelja organa koji je također pacijent u postupku liječenja. Kod transplantacije sa živa donora, dakako, odnose se i na davatelja (darivatelja) organa.

37 Zakon čl. 7. predviđa, između ostalog, javno financiranje „...presadivanje organa, tkiva i stanica“. Postupci presađivanja su inače vrlo skupi (oko 150.000,00 EUR po organu), pa je ozbiljno pitanje koliko su raspoloživa sredstva službe zdravstvenog osiguranja za to dostatna.

38 Ovaj Zakon (čl. 50., čl. 55. st. 2. t. 6., čl. 62.) predviđa i prilične olakšice transplantiranih osoba u odnosu na naknadu plaće za vrijeme bolovanja, pravo na prijevozne troškove i ostalo povezano s transplantacijom.

39 Kodeks medicinske etike i deontologije donijela je Skupština Hrvatskog liječničkog zbora 24. veljače 2007., čl. 5. Kodeksa posvećen je „presadivanju tkiva i organa“ gdje se preuzima pravilo zakona o presumiranom pristanku donora (izraženo za života, time što nije izvršeno protivljenje) ali se u moguće oblike protivljenja nepotrebno uvlači i obitelj donora („... ako se obitelj tome ne protivi ...“); obitelj se nema što protiviti dok je donor živ, a nakon njegove smrti bitno je samo ono što je on izrazio dok je bio u životu.

Zdravlje ljudi ne smije zavisiti o materijalnim mogućnostima bolesnika ili njegove socijalnog položaja.⁴⁰

Mnogi su razlozi za tezu da je kompleksan pravni odnos vezan uz zaštitu zdravlja i liječenje ljudi primarno javnopravni odnos.⁴¹ Čitav razvoj toga odnosa kao da ipak najviše ide u tom pravcu.

To ipak ne znači da nema mjesta i za građanskopravnu odgovornost, ali, čini se deliktneu, a ne ugovornu.⁴²

Pritom treba ipak znati da koncepcija deliktne odgovornosti bolnice (i liječnika kao personifikacije bolnice) ne mora nužno značiti da nema prostora za postojanje ugovora o liječenju kao specifičnog pravnog posla između pacijenta i bolnice (liječnika).⁴³

U tom smislu mogu se podvući sljedeća pravila:

- pacijent u bolnicu, u načelu, dolazi po slobodnoj volji
- pacijent je slobodan birati bolnice i liječnika
- pacijent mora pristati na konkretan oblik liječenja i
- pacijent svojevolumno može napustiti liječenje, odustati od njega

U prilog (barem djelomičnog) ugovornog koncepta odnosa bolnica (liječnik) - pacijent govori i činjenica da njemački Građanski zakonik (BGB) u čl. 630a ff izričito regulira ugovor o liječenju (*der Behandlungsvertrag*) kao poseban oblik ugovora o uslugama.

Iako (i u Njemačkoj) teret liječenja u financijskom smislu snosi socijalno (zdravstveno) osiguranje, ono se ne smatra ugovornom stranom ugovora o radu.

Liječenje, po BGB-u, obuhvaća dijagnozu i terapiju koje se moraju dati sukladno najboljim medicinskim standardima. Liječenjem se smatra i kozmetički zahvat na čovjeku.

Ugovor o liječenju, nadalje, po njemačkom pravu ne traži posebnu formu, poseban oblik (*ist nicht „formbeduerftig“*). Sklopljen je već samim time što je pacijent zatražio termin (rok) prijema u bolnicu ili biti primljen na neku žurnu intervenciju.

Pacijentu se, nadalje, priznaje pravo na punu obaviještenost o svemu što se tiče liječenja, puni i svjesni pristanak na medicinske zahvate uključujući i pravo da svoj pristanak svakog časa opozove.

Najnovijim Zakonom o poboljšavanju prava pacijenata (*Patientenrechtgesetz* od 20.2.13.) prava se još povećavaju, a odgovornost bolnice (liječnika) u slučaju štete

40 Po Ustavu RH (čl. 59.) „svakome se jamči pravo na zdravstvenu zaštitu u skladu sa zakonom“. Upućivanje na zakon svakako upućuje na moguće „nijansiranje“ tih prava, i u prvom redu zbog gospodarsko-financijskih mogućnosti društva. Ekonomija zdravstva i pravo zdravstva u osmišljavanju ovih pretpostavki zdravstvene zaštite moraju preuzeti veću ulogu jer to nije pitanje medicine nego upravo ekonomije i prava.

41 Tako npr. u talijanskoj građanskopravnoj literaturi navodi prof. V. Zeno-Zencovich (*Una commedia degli errori? La responsabilita medica tra illecito e inadempimento*, Rivista di diritto civile, Padova br. 3/2008, str.271-297).

42 To su, primjerice kretanje u njemačkom pravu (pobliže o tome u bilješci br. 44).

43 Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti je 2008. godine posebno savjetovanje (okrugli stol) posvetila medicinskom pravu (izdan je zbornik radova pod nazivom „Građanskopravna odgovornost u medicini“).

koje trpe pacijenti se presumira.⁴⁴

Hrvatsko pravo ne sadrži nikakvu posebnu regulaciju ugovora o liječenju. Njegovo postojanje, njegova imenovanost da se ipak deducirati iz propisa i pravila koje smo u ovom radu prethodno naveli (propisi o zdravstvenoj zaštiti, propisa o obveznom zdravstvenom osiguranju, propisa o pravima pacijenata, pravila liječničke etike i deontologije itd.).

Nema dvojbe da, konačno, ugovor o liječenju (što je, uostalom, u samoj naravi prava osobnosti) sadrži posebno jaku etičku komponentu bez koje takav ugovor ne može saživjeti. Etika je u medicini i medicinskom pravu ne samo značajan „korektiv“ nego predstavlja sastavni dio same biti liječenja.⁴⁵

3. PRAVNI POSLOVI VEZANI UZ TZV. UMJETNU OPLODNJU

Umjetna oplodnja (*artificial procreation, kuenstliche Befruchtung, procreazione medicalmente assistita*) poseban je fenomen 20. i 21. stoljeća.

Općoj javnosti poznato je da je prva beba „iz epruvete“ rođena 1987. godine (Velika Britanija) i otada se taj proces nezaustavljivo razvija. No, ne bez otpora, čak vrlo velikih otpora. Posebno se u tomu rezervirano postavila Rimokatolička crkva.

Crkva, kako smo vidjeli, promiče i potiče transplantaciju organa ljudskoga tijela (uz jedini uvjet da se prije transplantacije nedvojbeno utvrdi smrt davatelja organa kod kadaverične transplantacije), ali je, što smo također u ovom radu već prikazali, nepopustljiva u pitanjima prekida trudnoće i eutanazije.

Takva „nepopustljivost“ postoji i u pitanju umjetne oplodnje. Ova, u osnovi moralna pitanja, ovdje ističemo samo zbog toga kako bismo skrenuli pozornost na njih, odnosno ukazali koliko su ova „prethodna pitanja“ bitna za moguće pravne poslove vezane za umjetnu oplodnju.

Rimokatolička crkva zapravo ipak ne otklanja u cijelosti mogućnost umjetne oplodnje, ali ju dopušta samo uz tri vrlo važna (i objektivno vrlo teška) uvjeta:

- da se vrši između supružnika koji su vezani valjanim pravnim odnosom braka,
- da mora biti primjenjiva isključivo u okviru seksualnog kontakta između bračnih drugova, i
- da ne zahtijeva medicinski invazivne intervencije u bračnom, seksualnom

44 Vidjeti o tome: Katzenmaier, Der Behandlungsvertrag- Neues Vertragstypus im BGB, NJW 12/2013. Presumirana krivnja, po našem mišljenju, upućuje ipak i na izvanugovorni tretman pravnog odnosa bolnice i pacijenta.

45 Ovdje ukazujemo na iznimno značajnu knjigu o medicinskoj etici, nedavno objavljenoj u Italiji: E. Buzzi, *Etica della cura medica*, Brescia 2013.; prezentaciji od 3. lipnja 2013., dan je ne samo talijanski nego i europski publicitet. Na hrvatskom medicinsko-pravnom prostoru već smo u ovom radu ukazali na knjigu koju je uredio prof. N. Zurak (*Medicinska etika*, Zagreb, 2007.). U Njemačkoj (Goettingen) je 1986. godine osnovana Akademija za medicinsku etiku kao mjesto interdisciplinarnog i interprofesionalnog praćenja problema liječenja ljudi. Na europskoj razini (od 1985.) djeluje Europska zajednica medicinske etike – Association of Centres of Medical Ethics (EACME).

odnosu između muža i žene.⁴⁶

Na takve uvjete druga, laička strana europskih društava teško će pristati i čini se da na tom planu još dugo neće biti nekog općeg konsenzusa.

Neke bitne moralne dvojbe⁴⁷ i važne europske zakonodavce tjeraju na povećani oprez.⁴⁸

Republika Hrvatska ima Zakon o medicinskoj potpomognutoj oplodnji (NN 86/12); i u pitanju je čak četvrta intervencija u ovoj oblasti (NN 88/09, 137/09, 124/11).

Zakon dopušta medicinski potpomognutu oplodnju, neovisno o svim navodno-etičkim i svjetonazorskim prijemcima koji s tim u svezi postoje i kod nas i u drugim državama.

Medicinski potpomognuta oplodnja pokrivena je općim pravom na zdravstvenu zaštitu (st. 5. st. 2. čl. 19. Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju, NN 80/13).

Za naše (hrvatske) propise postupak medicinski potpomognute oplodnje je, dakle, liječenje, odnosno oblik liječenja i stoga potpada pod opći sustav ugovora o liječenju kako smo to u prethodnom dijelu ovog rada izložili.

Osobitost tog pravnog posla ipak treba biti u tomu što bi to morao biti pravni posao između muškarca i žene koji daju svoje rasplodne stanice i bolnice koja taj postupak organizira i provodi.⁴⁹

Zakon ne slijedi (crkvene) etičke primjedbe na sam koncept umjetne oplodnje,

46 Vidjeti o tome: L. Scopel, *La procreazione artificiale nei recenti documenti della Chiesa Cattolica*, Rivista telematica, Rim, veljača 2012.; slično i „La Stampa“ od 4. travnja 2013.: „Fecondazione assistita, il Vaticano“, „Si ma solo se si rispetta la morale“.

47 Protivnici umjetne oplodnje, odnosno pobornici katoličkog stajališta o uvjetima za dozvolu umjetne oplodnje, navode napose sljedeće etičke prigovore: (još uvijek) visoki stupanj nesigurnosti umjetne oplodnje, enormna potrošnja *embriona*, visoki postotak prekida trudnoće (80%), napuštanje seksualne veze muža i žene kao temelja koncepcije djeteta, uvođenje u proces oplodnje trećih osoba, porast kongenitalnih bolesti djece začete umjetnim putem, nepotrebno visoki troškovi umjetne oplodnje (<http://www.donbosco-torino.it>).

48 Austrija je npr. vrlo oprezna u donošenju propisa o umjetnoj oplodnji. U tijeku je (2013.) radne grupe za eventualni prijedlog takvog zakona (Kleine Zeitung od 5.4.2013.- Arbeitgruppe zu Fortpflanzungsgesetz eingerichtet), uz već izražene jasne napade (Die Presse od 5. travnja 2013.; Austrijski Ustavni sud je u jednoj odluci izbjegao odluku o meritumu, ali je ipak jasno preporučio oprez u tomu (odluka G 14/10-8 i G-47/11-8 od 2. listopada 2012.). U Njemačkoj liječnici traže takav zakon (slično su tražili, i dobili transplantacijski zakon 2012.), Deutsches Aertzteblatt od 5. travnja 2013. Vjerojatno će takav (kako se zahtijeva „liberaleres“ zakon biti donesen). U svijetu, napose u Europi laičko-liberalne tendencije jačaju, njih *volens-nolens* (borba za birače!) prihvaćaju i uobičajeno konzervativnije političke stranke i zacijelo će budućnost pripadati „modernoj“, liberalnijoj koncepciji medicinski potpomognute umjetne oplodnje. Veća liberalizacija, međutim, zahtijeva veću ugovornu disciplinu jer su u protivnom moguće velike zlouporabe.

49 Osobiti je problem, tzv. heterologne oplodnje (t. 5. čl. 5. Zakona o medicinski pomognutoj oplodnji RH iz 2012.). Zakon to (pogrešno!) definira kao oplodnju pri kojoj se koriste vlastite spolne stanice bračnog, odnosno izvanbračnog druga i spolne stanice darivateljica; heterologna inseminacija uvijek koristi spolne stanice muške osobe koja nije ni bračni ni izvanbračni drug nego je (jednostavno) treća osoba. Muž majke smatra se ocem djeteta, pa će se i dijete začeto sjemenom treće smatrati njegovim djetetom, što stvara iznimno delikatnu situaciju i (minimalno) traži pravnu suglasnost muža majke koja će roditi dijete u sustavu medicinski potpomognute oplodnje.

ali bi organi primjene zakona o tomu svejedno trebali voditi računa. Djeca se ne proizvode nego rađaju iz ljudske veze muškarca i žene, odnosno roditelja i djeteta.⁵⁰

4. OSTALI PRAVNI POSLOVI PRAVA OSOBNOSTI

„Ostali“ pravni poslovi prava osobnosti proizlaze (i u hrvatskim pravnim uvjetima) iz čl. 19. ZOO-a iz 2005. gdje se kao prava osobnosti određuju: pravo na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, sloboda i dr. Pravo na život i tjelesno zdravlje smo usvojili u prethodnom dijelu ovog rada. Pravo na duševno zdravlje, na neki način također, jer je obrnuta strana zdravlja i ovdje bolest koja se liječi kao svaka bolest. Mogućnost prisilne hospitalizacije zbog duševne bolesti (Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama NN 11/97., 27/98., 128/99., 79/02.) samo je oblik liječenja duševne boli bez pristanka bolesnika, što također postoji i kod liječenja fizičkih bolesti (npr. zaraze).

Ugled, čast, dostojanstvo, ime, osobni i obiteljski život mogu imati zajednički nazivnik - pravo na privatni život. Tu je prostor slobodnog raspolaganja relativno mali, ali ga nedvojbeno ima (primjerice dozvola da se prikazuje nečiji privatni život).

Takva je „dozvola“ u općeoobveznom pravnom smislu pristanak na eventualno već dobivenu ponudu ili ponuda koja čeka na pristanak da bi pravni posao bio sklopljen. Pritom valja naglasiti da se ovdje radi o isključivo ugovornom, a ne izvanugovornom odnosu gdje se, npr. podaci iz privatnog života neke osobe mogu objaviti i bez njena pristanka.⁵¹ St. 2. čl. 19. (hrvatskoga) ZOO-a ne sadrži, npr. odredbu da u pravo osobnosti spadaju i pravo na vlastitu sliku i pravo na glas, što je tradicionalno sadržaj svakoga teoretskog koncepta prava osobnosti.

No, pravo na vlastitu sliku i pravo na glas (kao pravo da treći ne objavljuju sliku, izgled ili glas, fizički glas neke osobe) valja „iščitati“ kao sastavni dio privatnosti (kojeg Zakon spominje ili kao „dr.“ (drugo) čime Zakon ostavlja mogućnost priznavanje i postojanje i drugih prava osobnosti).

Ljudi svakodnevno „otuđuju“ (vrlo često i prodaju) i vlastitu sliku i vlastiti glas, također i podatke iz svog osobnog, obiteljskog i privatnog života. Određene osobe (sportaši, glumci, pjevači) od toga posebno dobro žive.

Pitanje je ipak mogu li „prodavati“ baš svu svoju osobnost, čak i eventualno srušiti vlastito dostojanstvo do kraja (što se ponekad i čini). Mogućnost opoziva tako sklopljenog pravnog posla neznatna je a često nema ni smisla jer je posljedica već nastala i teško ju je popraviti. Nastala šteta je i nastala djelovanjem same osobe koje bi eventualno naknadno opozivala pravni posao kojeg je sklopila (*venire contra factum*

50 Možda bi u društvima više izražene tradicionalnosti (kakvo je i hrvatsko) slične zakone trebalo donositi uz ponešto veće poštovanje „manjine“, a ne tek pukim osloncem na postojanje relevantne parlamentarne većine. To bi posebno spriječilo da neka naredna vladajuća, drukčija politička opcija sve vrati nazad, što isto tako ne bi bilo dobro s obzirom na već ostvarene učinke prijašnjega zakona.

51 Poznato je pravilo učenja o pravu osobnosti da tzv. slavne osobe imaju „manje“ pravo na osobni i privatni život; manje u smislu da su već time što su javne i slavne ujedno pristale da treći mogu slobodnije zadirati i imati uvid u njihov privatni život. I prostor njihovog slobodnog ugovornog raspolaganja je stoga veći.

proprium).

Po obliku (formi), a i po općim ugovornim pitanjima ovi su pravni poslovi bliže pravnim poslovima ugovornog prava nego što su pravni poslovi prava osobnosti vezane uz život i zdravlje čovjeka. Oblik pravnih poslova vezanih uz sliku, glas i privatni život u općem smislu može načelno biti neformalan (tj. u bilo kojem obliku) i po tomu su upravo ovi pravni poslovi bliski pravnim poslovima imovinskog prava (st. 1. čl. 286. ZOO iz 05.).

„Pravo na slobodu“ koju također u st. 2. čl. 19 spominje ZOO slično je pravu na život u malom prostoru mogućeg slobodnog disponiranja. Ne može se, dakako, ni prodavati ni iznajmljivati ljudska sloboda, ali se može npr. sklopiti ugovor o radu ili neki sportski ili umjetnički ugovor da će netko, primjerice šest mjeseci živjeti u „karanteni“, izvan doticaja s vanjskim svijetom jer je to potrebno za cilj koji se odnosnim pravnim poslom želi ostvariti.

Kod svih ovih „ostalih“ pravnih poslova prava osobnosti, kod kojih smo podvukli veći stupanj sličnosti s imovinskim (obveznim) pravom, postoji ipak još jedna razlika od ugovora imovinskog prava, u tomu što davatelj određenog pristanka može pristanak povući (i time raskinuti ugovor) svakog trenutka dok do konzumacije (realizacije) ugovora nije došla.

U imovinskom pravu bi to bila štetna radnja, temelj prava na naknadu štete zbog povrede ugovora, a u neimovinskom građanskom pravu (prava osobnosti) je to legitimno pravo i izraz posebnoga pravnog karaktera prava osobnosti. Time ova „ostala“ prava osobnosti pokazuju svoju vezu s ostalim pravima osobnostima, uključujući one kao što su pravo na život ili pravo na fizičko i duševno zdravlje.

Pravo osobnosti nema samo svoj deliktorni aspekt;⁵² ono itekako ima i svoj ugovorni bez obzira koliko su ti ugovori (pravni poslovi) imenovani ili ne. Načelo slobode uređivanja obveznih odnosa (čl. 2. ZOO) omogućuje i na području prava osobnosti kao neimovinskog dijela građanskog (obveznog) prava puni razvoj i pravni zamah.

IV. ZAKLJUČAK

Vjerujemo da je i ova, relativno kratka, analiza pokazala zašto je problematika „pravnih poslova prava osobnosti“ toliko skromno prisutna u znanosti i praksi prava osobnosti.

Već smo uvodno rekli (i možemo ovdje samo ponoviti) da je to primarno rezultat još uvijek do kraja nerazriješenih općih dvojbi u oblikovanju i konceptu prava osobnosti.

Život, međutim, teoretska oklijevanja ne priznaje i zapravo možemo reći da se neki ugovori (pravni poslovi) prava osobnosti gotovo svakodnevno sklapaju.

Veza ovih pravnih poslova s onima iz imovinskog (obveznog) prava je jaka, mnogo jača no što se u pravu osobnosti ishodišno misli. Pitanja volje, slobodne volje,

52 O deliktnom (izvanugovornom) aspektu odgovornosti zbog povrede prava osobnosti vidjeti: „Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti“, Narodne novine, Zagreb 2006.

oblika izjave volje, valjanost te volje, oblik pravnog posla itd. vrijedi i za pravne poslove prava osobnosti i zapravo su za pravo osobnosti dostatni argument da ono spada u građansko pravo.

No, na terenu specifičnosti pravnih poslova prava osobnosti situacija je dosta otežana.

Posebno je otežana na području medicinskog prava, što smo u ovom radu nešto šire izložili. Medicina i zdravstvo, s jedne strane, pokazuju ponašanje „ježa“ (želju da sadrži problem samo unutar sebe), ali s druge žele pomoć prava jer bez ove pomoći daljnja otvaranja na tom području nisu moguća.

Pravni poslovi vezani uz privatni život i tomu povezani pojmovi (pravo na vlastitu sliku, glas i sl.) također zahtijevaju posebnu razradu. Ovdje se radi o posebno važnom zaštitnom objektu (dostojanstvo čovjeka) pa svako moguće ugovorno raspolaganje na toj liniji treba izuzetno pažljivo osmisliti.

U svakom je slučaju prostora za slobodno, ugovorno stranačko disponiranje u pravu osobnosti mnogo veće no što se obično misli. To potvrđuje građanskopravni karakter prava osobnosti (jer pojmovno nema subjektivnog prava građanskog prava bez barem nekog „manevarskog prostora“ kako je rekao jedan od tvoraca modernog prava osobnosti, A. De Cupis, ali i obvezuje građansko pravo na izgradnju specifičnih pravila za pravne poslove prava osobnosti.

Ta pravila mogu o općim pitanjima volje krenuti od pravila općega građanskog (obveznog) prava, ali specifična pitanja (kojih ima dosta) ostaju samo za pravo osobnosti.

Pravo osobnosti razvijat će se i rasti ovisno o tomu kako će ići opći razvoj svake društvene zajednice. Ono je uvijek izraz tog stanja, ali i bitan čimbenik daljnjega razvoja tog stanja.

Slično (*mutatis mutandis*) vrijedi i za pravo osobnosti.

Summary

LEGAL TRANSACTIONS OF THE RIGHTS OF PERSONALITY

Right of personality is relatively new concept in civil law whose content is not finally defined.

Designation of the concept and content of the legal transactions of the rights of personality is considerably delayed.

This article will try to initiate discussion on this questions in Croatian civil law and hopefully to integrate them into the concept of personality rights in our legal area.

Fundamental legal conditions exist so efforts of legal science and practice to find good and acceptable legal solutions should be encouraged.

Key words: *right of personality, civil law, non-material civil law, legal transactions, legal transactions of personality rights, medical law, free contractual disposition in the area of personality rights.*

Zusammenfassung

RECHTSGESCHÄFTE ÜBER DAS PERSÖNLICHKEITSRECHT

Das Persönlichkeitsrecht ist eine relativ neue Erscheinung im Zivilrecht und viele seine Inhalte wurden nicht bis zum Ende definiert.

Das bezieht sich insbesondere auf die Gestaltung des Begriffs und des Inhalts von Rechtsgeschäften über das Persönlichkeitsrecht.

Diese Arbeit stellt den Versuch dar, diese Fragen auch im Zivilrecht der Republik Kroatien zu stellen, und, falls möglich, sie zum Bestandteil des Persönlichkeitsrechtes auch in unserem Rechtsbereich zu machen.

Die grundlegenden rechtlichen Voraussetzungen dafür gibt es schon und deshalb sollte man die Anstrengungen der Wissenschaft und der Praxis bei der Herausfindung guter und akzeptabler Rechtsbeschlüssen unterstützen.

Schlüsselwörter: *Persönlichkeitsrecht, nichtvermögensrechtliches Zivilrecht, Rechtsgeschäfte, Rechtsgeschäfte über das Persönlichkeitsrecht, Medizinrecht, freie vertragliche Verfügung im Bereich des Persönlichkeitsrechtes.*

Riassunto

**I NEGOZI GIURIDICI NELL'AMBITO DEI DIRITTI
DELLA PERSONALITÀ**

La comparsa dei diritti della personalità nel diritto privato costituisce un fenomeno relativamente nuovo: il contenuto di codesti diritti in molti suoi aspetti non è ancora del tutto definito.

Il maggiore ritardo riguarda la costruzione della nozione e dell'oggetto dei negozi giuridici connessi ai diritti della personalità.

Il presente contributo rappresenta il tentativo di aprire tali questioni anche nel diritto privato croato e, se possibile, di includerle nell'ambito dei diritti della personalità anche nel nostro ordinamento giuridico.

Le condizioni principali, affinché ciò si realizzi, sussistono; vanno incoraggiati, pertanto, gli sforzi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella ricerca di soluzioni giuridiche valide ed accettabili.

Parole chiave: *diritti della personalità, diritto privato non patrimoniale, negozi giuridici, negozi giuridici nell'ambito dei diritti della personalità, diritto della medicina, libera autonomia contrattuale nell'ambito dei diritti della personalità.*

UTJECAJ SUDSKE PRAKSE SUDA EUROPSKE UNIJE NA HRVATSKO UPRAVNO PRAVO

Dr. sc. Dario Đerđa, izvanredni profesor
Aleksandra Popovski, mag. iur., asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 342.9:341.645(4)EU
Ur.: 20. prosinca 2013.
Pr.: 15. siječnja 2014.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Cilj je ovoga rada utvrditi na koji način pravna pravila Europske unije utječu na hrvatski sustav upravnog prava. U radu se najprije razmatraju opća pitanja utjecaja prava Unije na nacionalni pravni sustav države članice. Analizira se nadređeni položaj prava Unije nacionalnom pravnome sustavu kao preduvjet provedbe jedinstvenih pravnih ciljeva i vrijednosti u Uniji. Ujedno se analizira izravni pravni učinak prava Unije i neposredna primjena pravila Unije u pravnom sustavu države članice, a koja posebno dolazi do izražaja u području upravnog prava. Posebna pozornost posvećuje se općim načelima prava utvrđenima sudskom praksom Suda Europske unije i njihovom utjecaju na upravnopravni sustav Republike Hrvatske. U tu svrhu razmatra se uloga Suda Europske unije kao kreatora pravnih pravila koja proizlaze iz sudske prakse. U radu se daje prikaz kako stavovi Suda Europske unije izraženi u njegovim odlukama utječu na opće normiranje u državama članicama te kako oni mogu poslužiti u popunjavanju pravnih praznina u nacionalnom zakonodavstvu. Konačno, ukazuje se i na koji način sudska praksa Suda Europske unije utječe na tumačenje i primjenu pravnih pravila domaćega pravnog sustava. Slijedom toga, zaključuje se na koji način sudska praksa Suda Europske unije utječe na javnopravna tijela koja u radu, pored materijalnih i postupovnih pravila hrvatskoga pravnog sustava, u obzir moraju uzimati i pravila Europske unije, ali i na tijela sa zakonodavnim ovlastima, koja ova pravila također trebaju uzeti u obzir pri općem normiranju pravnih instituta upravnog prava.

Ključne riječi: *Sud Europske unije, opća pravna načela, razmjernost, jednakost, odgovornost za štetu, upravno pravo, Hrvatska.*

1. UVOD

Pravo Europske unije, kao skup pravnih propisa koji uređuje osnivanje Europske unije, njezin ustroj, nadležnosti, prava i obveze koje priznaje, odnosno nameće svojim subjektima, te postupke koji se provode u Uniji, značajno utječe na brojna područja

društvenoga života. Pravo Europske unije poseban značaj ima i za Hrvatsku. Od 1. srpnja 2013. godine, tj. pristupanja Hrvatske punopravnom članstvu ove međunarodne integracije pored zakona koje je donio Hrvatski sabor te drugih propisa i općih akata koje su donijela druga hrvatska državna tijela, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravne osobe koje imaju javne ovlasti, pozitivno pravo koje obvezuje sve pravne i fizičke osobe ujedno čini i cjelokupna pravna stečevine Europske unije. Time je hrvatski pravni sustav obogaćen velikim brojem pravnih izvora koji neprekidno interferiraju s pravnim normama pravnog sustava Republike Hrvatske rezultirajući brojnim materijalnim i postupovnim pravima i obvezama pojedinaca. Slijedom navedenoga, od 1. srpnja 2013. godine javnopravna tijela u Republici Hrvatskoj obvezna su primjenjivati odredbe još jednoga pravnoga sustava, koje imaju svoje posebnosti i specifičan pravni učinak na hrvatski pravni sustav uopće.

Pristupajući Uniji nove države članice nerijetko se suočavaju s otvorenim pitanjima utjecaja pravnih učinaka prava Europske unije na nacionalni pravni sustav, posebno onih koji proizlaze iz bogate judikature Suda Europske unije. Ovaj utjecaj posebno je važan u hrvatskom upravnom pravu, pravnoj grani koja zadire u brojna područja društvenog života. Upravno pravo uređuje ustroj uprave, njezino djelovanje i ovlasti, pravila postupanja, odgovornost nositelja upravnih funkcija, njihov položaj i prava, pravna sredstva koja subjekti mogu koristiti prema upravi i način njihova korištenja, sustav nadzora koji se nad javnom upravnom provodi, ali i brojne pretpostavke za ostvarivanje prava ili nametanje obveza u raznovrsnim upravnim stvarima.¹ Time je ono u neraskidivoj vezi s brojnim svakodnevnim statusnim i drugim pravnim pitanjima koja se tiču svakoga pojedinaca. No, pravila upravnog prava usvojena u hrvatskom pravnom sustavu danas su nadopunjena brojnim pravilima upravnog prava Europske unije, a koja više ili manje detaljno uređuju brojna značajna područja društvenoga života, npr. carine, poreze, zaštitu osobnih podataka, zaštitu okoliša, tržišno natjecanje, zaštitu potrošača, socijalna prava, pitanja koja se odnose na obrazovanje, stručno usavršavanje, javno zdravlje, energetiku, turizam, civilnu zaštitu i sl.² Ova pravila državama članicama te fizičkim i pravnim osobama u Uniji propisuju i određene standarde, načine i uvjete izdavanja brojnih dozvola te nametanja obveza, uređuju postupke ostvarivanja i zaštite prava, utvrđuju i onemogućuju nezakonita postupanja pojedinaca i sl., čime izravno utječu na rješavanje brojnih upravnih stvari.³

1 Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 57.

2 Brojne odredbe upravnog prava Europske unije usmjerene su i na određena pitanja vezana uz upravu Europske unije, ponajprije ustroj, položaj, ovlasti i način postupanja tijela koja obavljaju upravne poslove u Uniji, ali i odgovornost ovih tijela te nadzor zakonitosti njihova postupanja i odluka koje donose. Značaju upravnoga prava u pravnom sustavu Europske unije uopće u prilog posebno ide teza kako je Europska unija zasnovana ne samo na pravu, kako je to utvrdio Europski sud u *Predmetu Les Verts/Parlament, Case 294/83, Parti écologiste „Les Verts“ v European Parliament*, 1986., *European Court Reports – 1339.*, već „na upravnom pravu“. O ovome vidi Schwartz, Jürgen, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 2006., str. 4.

3 Pravna pravila upravnog prava Europske unije mogu se sistematizirati u četiri skupine. To su ponajprije pravna pravila sadržana u materijalnim propisima koji se primjenjuju u pojedinačnim slučajevima, tj. pravna pravila koja utvrđuju uvjete za ostvarivanje prava ili nametanje obveze, npr. pravila koja utvrđuju koje pretpostavke moraju biti ispunjene da bi se na tržištu Unije u

Stoga se u prvim danima hrvatskoga članstva u Uniji iznimno važnim za rad javne uprave, ali i zaštitu prava i pravnih interesa građana upravo čini pitanje na koji način pravna pravila Europske unije utječu na hrvatski sustav upravnog prava. U radu se najprije razmatraju opća pitanja utjecaja prava Unije na nacionalni pravni sustav države članice. Analizira se nadređeni položaj prava Unije nacionalnom pravnome sustavu kao preduvjet provedbe jedinstvenih pravnih ciljeva i vrijednost u Uniji. Analizira se izravni pravni učinak prava Unije i neposredna primjena pravila Unije u pravnom sustavu države članice, a koja posebno dolazi do izražaja u području upravnog prava. Posebna pozornost posvećuje se općim načelima prava utvrđenima sudskom praksom Suda Europske unije i njihovom utjecaju na upravnopravni sustav Republike Hrvatske. U tu svrhu razmatra se uloga Suda Europske unije kao kreatora pravnih pravila koja proizlaze iz sudske prakse. U radu se daje prikaz kako stavovi Suda Europske unije izraženi u njegovim odlukama utječu na opće normiranje u državama članicama te kako oni mogu poslužiti u popunjavanju pravnih praznina u nacionalnom zakonodavstvu. Konačno, ukazuje se i na koji način sudska praksa Suda Europske unije utječe na tumačenje i primjenu pravnih pravila domaćega pravnog sustava. Slijedom toga, zaključuje se na koji način sudska praksa Suda Europske unije utječe na javnopravna tijela koja u radu, pored materijalnih i postupovnih pravila hrvatskoga pravnog sustava, moraju uzimati u obzir i pravila Europske unije, ali i na tijela sa zakonodavnim ovlastima, koja ova pravila također trebaju uzeti u obzir pri općem normiranju pravnih instituta upravnoga prava.

2. NEKA OBILJEŽJA UČINKA PRAVA EUROPSKE UNIJE NA PRAVO DRŽAVA ČLANICA

Utjecaj prava Europske unije na nacionalne pravne sustave bitan je čimbenik kreiranja i primjene prava u svakoj državi članici. Pravni sustav Europske unije samostalan je u odnosu na pravne sustave država članica te ima snažne implikacije na njih.⁴ Utjecaj prava Unije na nacionalne pravne sustave već je odavno privukao

prodaju stavio neki prehrambeni ili ljekarnički proizvod, odnosno koje pretpostavke moraju biti ispunjene da bi se smatralo kako trgovačko društvo uživa vladajući, odnosno monopolni položaj na tržištu. To su ujedno i pravna pravila postupovne prirode koja uređuju način postupanja u primjeni materijalnih propisa u pojedinačnim slučajevima, kao što su propisi o nadležnosti za odlučivanje u upravnoj stvari, pravila postupka koja se pri tomu primjenjuju, pravila o položaju i ovlastima stranke u tom postupku, pravila o obliku i sadržaju odluke kojom se odlučuje o upravnoj stvari i sl. To su ujedno i pravna pravila koja uređuju nadzor nad primjenom propisa u pojedinačnim slučajevima, ponajprije koja uređuju sredstva pravne zaštite – upravni i sudski nadzor donesenih odluka. Konačno, to su i pojedinačna pravna pravila koja su rezultat upravne djelatnosti, a koja su sadržana u upravnim aktima kojima se odlučuje u pojedinačnim upravnim stvarima te pravila sadržana u općim propisima podzakonske prirode koje izvršna i upravna tijela donose radi provedbe zakonodavstva Unije. Ove definicije i klasifikaciju dao je Aviani u Aviani, Damir, Pojam i izvori upravnog prava Europske unije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, god. 15., 2002., str. 233. te 237-238.

4 Vidi Čapeta, Tamara, Rodin, Siniša, *Osnove prava Europske unije*, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 3. i 26. Postojanje pravnog sustava Europske unije kao samostalnog pravnog poretka međunarodnoga prava u čiju su korist države ograničile svoja suverena prava, premda

pozornost pravne znanosti i struke, pa sve države članice Europske unije moraju imati na umu tri važna obilježja prava ove nadnacionalne integracije koja se često ističu u znanstvenoj i stručnoj literaturi i koja u najvećoj mjeri određuju učinak prava Unije na nacionalne pravne sustave. To su nadređenost prava Unije pravnim sustavima država članica, izravna primjena nekih pravila Europske unije u državama članicama i izravni učinak pojedinih pravila ove međunarodne integracije u pravnome sustavu država.⁵ Kako ova obilježja značajno utječu na rad svih javnopravnih tijela u državama članicama, službenici ovlašteni voditi upravni postupak i rješavati u upravnim stvarima trebaju ih uvijek imati na umu. Njihova primjena dolazi u obzir u različitim upravnim područjima i brojnim upravnim stvarima zbog čega im treba posvetiti posebnu pozornost.

Pravo Europske unije ponajprije obilježava njegova nadređenost pravnim sustavima država članica. Načelo nadređenosti prava Unije nacionalnim pravnim sustavima država članica nikada nije bilo izričito utvrđeno u *ugovorima*. Niti jedan ugovor nije izričito naveo da pravo Unije ima prvenstvo pred nacionalnim pravom niti je takva odredba unesena u izmijenjene verzije ovih ugovora. No, unatoč tomu ovo iznimno važno obilježje pravnoga sustava Europske unije jasno proizlazi iz sudske prakse Suda ove organizacije.⁶ Upravo je usklađenost međusobnog utjecaja

u ograničenim područjima, te čiji su subjekti ne samo države članice već i njihovi građani potvrdio je još 1963. godine Sud Europske unije u *Predmetu Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*, Case C-26/62, *NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, 1963., European Court Reports, English special edition – 1. U ovome predmetu Sud je ustvrdio kako *ugovori* ne samo da propisuju obveze pojedincima država članica već im podjeljuju i prava, koja trebaju štiti nacionalni sudovi. Isto proizlazi i iz sudske prakse Suda Europske unije kojom je utvrđeno da je „... za razliku od uobičajenih međunarodnih ugovora, Ugovor o Europskoj ekonomskoj zajednici stvorio vlastiti pravni poredak, koji su pri stupanju na snagu prihvatile u svoj pravni poredak države članice i primjenjuju ga njihovi sudovi. Osnivanjem Zajednice, koja ima vlastita tijela s pravnom i poslovnom sposobnosti, koja ima međunarodnu sposobnost djelovanja i osobito ima autentična suverena prava, koja se temelje na ograničenjima nadležnosti država članica ili na prijenosu njihovih suverenih prava, države članice su, iako možda na ograničeno vrijeme, ograničile svoja suverena prava i stvorile pravnu osobu koja obvezuje njih i njihove pripadnike.“ Vidi odluku Suda Europske unije u *Predmetu Costa/ENEL*, Case C-6/64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, 1964., European Court Reports, English special edition – 585. U prilog samostalnog, jedinstvenog i *sui generis* pravnog poretka Unije, koji je odvojen od nacionalnih pravnih poredaka država članica, govori i Josipović ističući kako se ovaj pravni poredak razvija samostalno i usporedno s nacionalnim pravnim porecima država članica i u koegzistenciji s njima, uz njihovo međusobno uvjetovanje i ispreplitanje, kako bi se sukladno volji država članica i kako su to one odredile *ugovorima* ostvarili ciljevi i zadaće Unije. Josipović, Tatjana, *Načela europskog prava u presudama Suda Europske zajednice*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 4.

5 Vidi Stiernstrom, Martin, The Relationship between Community law and national law, *Jean Monnet/Robert Schumann Paper Series*, vol. 5., no. 33., 2005., str. 1.

6 Vidi odluku Suda Europske unije donesene u *Predmetu Costa/ENEL* u kojoj je utvrđeno kako pravo Unije ima nadređeni položaj nad nacionalnim pravom država članica. U ovoj presudi Sud je još istaknuo kako su „...države članice ograničile svoja suverena prava, iako unutar ograničenog broja područja, te su tako stvorile pravni sustav koji obvezuje kako njihove državljanke, tako i njih same“. O nadređenosti prava Unije pravnim sustavima država članica

nacionalnih pravnih sustava država članica i pravnog sustava Europske unije temeljna pretpostavka mogućnosti izgradnje zajedničkog upravnog prava Unije.⁷ U *Predmetu Costa/ENEL* Sud Europske unije jasno je ustvrdio kako pravo koje proizlazi iz Ugovora kao neovisnog izvora prava, ne bi moglo, zbog svoje posebne i izvorne prirode biti zamijenjeno zakonskim odredbama nacionalnoga pravnog sustava države članice bez obzira na to kako su ova pravila uobličena, a da pri tomu ne izgubi svoje značajke prava Unije te da se tako ne dovede u pitanje sam pravni temelj Unije. Drugim riječima pravna pravila Europske unije ne smiju se niti ograničavati niti isključivati pravilima nacionalnoga pravnog sustava neke države članice.⁸ Ako je neko pravno pravilo pravnog sustava države članice suprotno pravnome pravilu Europske unije, prednost u primjeni imat će pravilo Europske unije.⁹ Ovo se odnosi na sve pravne odredbe sadržane u pravnom sustavu neke države, bez obzira na prirodu akta u kojem su propisane.¹⁰

Učinak primjene ovoga načela prava Europske unije ima značajne implikacije i na zakonodavnu i na izvršnu funkciju u državama članicama. Ono obvezuje zakonodavca da sadržajno uskladi odredbe nacionalnoga pravnog sustava s pravnim sustavom

kroz sudsku praksu Suda Europske unije više vidi u Kwiecien, Roman, *The Primacy of European Union Law over National Law Under the Constitutional Treaty*, *German Law Journal*, vol. 6., no. 11., 2005., str. 1481-1486.

- 7 Schwartz naglašava kako unifikacija sustava upravnog prava mora biti utemeljena na činjenici da gospodarska, znanstvena i tehnička pitanja koja uprava mora rješavati, npr. u oblasti zaštite okoliša, ne poznaju državne granice. Schwartz, op. cit., str. 1146. Upravo radi ujednačavanja prava novih država članica s pravnom stečevinom Europske unije, tijekom pristupanja države članice provodi se detaljan nadzor usklađenosti domaćega pravnog sustava države kandidata s pravnom stečevinom ili tzv. *acquis-skreening*. Pri tomu Europska komisija pruža tehničku potporu razumijevanju države kandidata dosega i sadržaja svih pravnih propisa koji čine pravnu stečevinu. Ovaj postupak državi kandidatu daje i mogućnost ocijeniti potrebu za prijelaznim razdobljem u područjima u kojima država smatra da neće biti u stanju primijeniti zahtjeve iz stečevine od prvoga dana članstva.
- 8 Vidi odluke Suda Europske unije donesene u *Predmetu Upjohn*, Case C-120/97, *Upjohn Ltd v The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 and Others*, 1999., *European Court Reports I* – 223. te u *Predmetu Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland*, Case C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz v Alcan Deutschland GmbH*, 1997., *European Court Reports I* – 1591.
- 9 Upravo temeljem ovoga važnoga načela isključena je mogućnost da države članice izbjegavaju primjenu onih pravila Europske unije koja idu na štetu interesa ovih država, regulirajući određena pitanja nacionalnim pravnim pravilima.
- 10 Stoga se načelo nadređenosti prava Europske unije odnosi i na odredbe države članice sadržane u njihovim ustavima. Sud je opravdao takav stav osvrćući se na činjenicu kako bi jedinstvo i učinkovitost prava Unije bile uvelike narušene kada bi nacionalni sudovi bili spriječeni nadzirati zakonitost na osnovi nekih odredbi koje imaju poseban položaj u sustavu države članice. U *Predmetu Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr*, Case C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr - und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 1970., *European Court Reports* – 1125., Sud Europske unije utvrdio je nadređenost prava unije čak i ustavnim odredbama država članica, i to odredbama koje se odnose na temeljne slobode pojedinaca. U ovom predmetu Sud je utvrdio da pravo Unije treba imati prednost pred svim pravnim odredbama u nacionalnom pravnom sustavu bez obzira na pravni status akta u kojem se nalazi. Sud je utvrdio kako se ne može dopustiti da neka odredba Unije bude neprimjenjiva u državi članici uz opravdanje da je ona suprotna nekom temeljnom pravu kako je ono utvrđeno u ustavu države ili načelima koja se mogu podvesti pod ustavnu strukturu te države.

Europske unije. Drugim riječima pravni propisi protivni nekom pravilu Europske unije trebali bi biti ukinuti ili zamijenjeni novim, sadržajno usklađenim propisima. Države članice, u prvom redu njihova zakonodavna tijela, obvezne su voditi računa da domaća postupovna pravila ne otežavaju zaštitu subjektivnih prava pojedinaca koja su utemeljena na pravu Unije, a posebice da je ne isključuju.¹¹ Međutim, čak i ako zakonodavac propusti obaviti ovu svoju zadaću, kao i kada se u primjeni pravnoga pravila utvrdi kako isto nije usklađeno s pravnim propisima Unije, jedinstvena primjena prava Unije osigurana je većim brojem postupovnih mehanizama. Ponajprije, ako pravno pravilo države članice koje treba primijeniti javnopravno tijelo nije sukladno pravnom pravilu Europske unije koje uređuje istovjetno pitanje, tada javnopravno tijelo takvo nacionalno pravilo najprije treba pokušati protumačiti sukladno pravu Unije.¹² Pri tomu posebno treba voditi računa da tumačenje pravnoga pravila bude u skladu s općim načelima prava Unije, npr. načelima pravne sigurnosti, jednakosti, pravičnosti, zabrane povratnog djelovanja propisa i sl.¹³ Konačno, ako javnopravno tijelo države članice ne može tumačenjem prilagoditi značenje pravnoga pravila cilju i svrsi prava Europske unije, ono je obvezno iz primjene ispustiti pravno pravilo države članice te upravnu stvar riješiti primjenom drugoga pravila države članice koje nije suprotno pravnom sustavu Unije ili ga čak riješiti izravnom primjenom pravila Unije. Javnopravno tijelo države članice pri tomu ne treba ni tražiti niti čekati da se o sukladnosti pravnoga pravila domaćeg prava s pravom Unije izjasni neko tijelo države članice, kao primjerice ustavni sud, već takvo pravilo mora samostalno izuzeti od primjene, provodeći, tzv. ekscepciju nezakonitosti.¹⁴

11 U *Predmetu Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*, Case C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, 1978., European Court Reports – 629., Sud Europske unije utvrdio je: „...sve dok su odredbe prava Zajednice na snazi i kao integralni dio pravnog poretka Zajednice vrijede na području država članica, države članice ne smiju donositi nove nacionalne propise suprotne pravu Zajednice. Donošenje novih propisa suprotnih pravu Zajednice negiralo bi djelotvorno izvršavanje obveza koje su države članice bezuvjetno i neopozivo preuzele ugovorom i dovelo bi u pitanje same temelje Zajednice.“

12 Ova obveza u pravnom sustavu Europske unije izvodi se iz načela lojalne suradnje. Vidi i stajalište Suda Europske unije u *Predmetu Von Colson i Kamman/Land Nordrhein - Westfalen*, Case C-14/83, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, 1984., European Court Reports – 1891. Javnopravno tijelo nije obvezno voditi računa niti o tome je li takvo nacionalno pravilo doneseno prije ili nakon pravnog pravila sadržanog u pravu Unije. O problemu donošenja pravnog pravila u nacionalnom pravu suprotnog već donesenom pravnom pravilu u pravnom sustavu Unije više vidi u Phelan, William, Political Self-control and European Constitution: the assumption of national political loyalty to European obligations as the solution to the lex posterior problem of EC law in the national legal orders, *European Law Journal*, vol. 16., no. 3., 2010., str. 254-268.

13 O tumačenju prava više vidi u Đerđa, Dario, Neke primjedbe o tumačenju prava, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 23., br. 2., 2002., str. 615-643., Perić, Berislav, *Država i pravni sustav*, Informator, Zagreb, 1994., str. 183-226. i Visković, Nikola, *Država i pravo*, Birotehnika, Zagreb, 1995., str. 227-246. i sl.

14 O izravnoj neprimjenjivosti pravila nacionalnoga prava države članice zbog suprotnosti pravu Unije vidi odluku Suda Europske unije u *Predmetu Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*. Ovdje je Sud Europske unije utvrdio: „Svaki nacionalni sud mora, u okviru svoje nadležnosti, u cijelosti primjenjivati pravo Zajednice i štiti prava koja su na temelju njega pojedinci stekli te ne smije primjenjivati odredbe nacionalnog prava koje su u suprotnosti s

Nametanjem te obveze i tijelima koja obavljaju zakonodavne i tijelima koja obavljaju izvršne poslove u državama članicama osigurano je poštivanje nadređenosti prava Europske unije nad pravom država članica. Takvo shvaćanje prava Unije, kao nadređenoga pravnog sustava onemogućuje da se provedba ovoga prava razlikuje od jedne države članice do druge, vjernim držanjem javnopravnih tijela država članica pravnih propisa domaćeg prava.¹⁵

Druga važna posljedica samostalnosti pravnoga sustava Europske unije ogleda se u njegovoj izravnoj primjeni u sustavima država članica. Neki pravni akti prava Unije primjenjuju se u državama članicama i bez da se zakonima i drugim propisima implementiraju u domaći pravni sustav. Oni u ovim državama počinju proizvoditi pravne učinke istovremeno s početkom važenja u pravu Unije, bez obzira na to što država članica ovo ničime nije potvrdila i obznanila. No, izravna primjena prava Unije ograničena je samo na određena pravila ovoga pravnog sustava. Takav učinak imaju samo izvori primarnog prava Unije, tj. *Ugovor o Europskoj uniji*,¹⁶ *Ugovor o funkcioniranju Europske unije*¹⁷ i ugovori o pristupanju država članica ovoj integraciji, te neki akti sekundarnog prava, i to samo uredbe i odluke donesene na temelju *ugovora*.¹⁸ Tako su javnopravna tijela država članica upravo zahvaljujući izravnoj

pravom Zajednice neovisno o tome jesu li donijete prije ili nakon odredbe prava Zajednice. Obveza primjene prava Zajednice postoji neovisno o tome što odredba nacionalnog propisa još nije ukinuta, kao i neovisno o tome što nadležno tijelo još nije odlučilo je li ona sukladna pravu Zajednice“.

- 15 Takvo postupanje rezultiralo bi ugrožavanjem ostvarivanja ciljeva *ugovora* te diskriminacijom pojedinaca u Uniji. Stoga pravno pravilo Unije, koje je sadržano u *ugovorima* ili proizlazi iz njih, zbog svoje posebne i izvorne prirode ne smije biti zamijenjeno pravnim propisima država članica. O ovome vidi u Čapeta, Rodin, op. cit., str. 25-26. Zanimljivo je istaknuti kako Kassim naglašava da je u praksi jednostavnije utvrditi je li neko nacionalno pravilo države članice usklađeno s pravom Unije, nego primjenjuju li se pravila u državi članici na način propisan pravom Unije. Razlog nepravilnoj primjeni prava Unije u državama članicama nerijetko se nalazi u okolnosti da su koncepti i metode koje treba primijeniti strani nekom nacionalnom pravom sustavu države članice, a što onda i otežava njihovu praktičnu provedbu. Kassim, Hussein, *The European administration: between Europeanization and domestication, Governing Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2003., str. 159.
- 16 *Consolidated version of the Treaty on European Union*, Official Journal, C 83, 30.3.2010.
- 17 *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, Official Journal, C 83, 30.3.2010.
- 18 Izravna primjena izvora primarnog prava proizlazi iz okolnosti da su ih države članice potpisale i ratificirale izravno ili putem ugovora o pristupanju, dok izravna primjena uredbi i odluka donesenih na temelju ugovora proizlazi iz članka 288. stavak 2. i 4. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*. O ovome vidi u Josipović, op. cit., str. 58-61. U *Predmetu Variola/Amministrazione italiana delle Finanze*, Case C-34/73, *Fratelli Variola S.p.A. v Amministrazione italiana delle Finanze*, 1973., *European Court Reports* – 981., Sud Europske unije je utvrdio kako uredbe imaju pravnu primjenu u pravnim sustavima država članica i bez recepcije u nacionalno zakonodavstvo posebnim nacionalnim pravnim aktom. One već od stupanja na snagu izravno važe prema svojim adresatima. Države članice obvezane su *ugovorima* na propuštanje svih mjera kojima bi onemogućile izravnu primjenu uredbi. Također je utvrdio da uredbe već od trenutka kada su stupile na snagu imaju izravnu primjenu u svim državama članicama te da već tada pojedinci na temelju njihovih odredbi stječu određena subjektivna prava. Zbog toga nacionalnim propisom donesenim nakon stupanja na snagu uredbe država

primjeni prava Unije pri vođenju upravnog postupka obvezna primjenjivati odredbe o zabrani diskriminirajućeg postupanja, pravu na saslušanje stranke, obvezi donošenja odluke u razumnom roku te obrazlaganju ove odluke, zaštiti podataka, o nadzoru nad upravom te o sudskoj zaštiti od nezakonitih radnji uprave, o državljanstvu Unije te druge odredbe *Ugovora o Europskoj uniji* i *Ugovora o funkcioniranju Europske unije* bitne za vođenje upravnog postupka i postupanje ovih tijela.¹⁹ Također, pri vođenju upravnih postupaka obvezna su primjenjivati i uredbe koje su važne i za rad uprave i za zaštitu prava i pravnih interesa građana, a koje se najčešće primjenjuju samo na jedno, a rjeđe na više posebnih upravnih područja.²⁰ Obvezna su primjenjivati i one uredbe koje uređuju neka pitanja vođenja upravnoga postupka u Uniji uopće²¹ te,

- članica ne smije odrediti drukčije i time odgoditi primjenu uredbe. Nacionalno pravo ne može utjecati na izravnu primjenu uredbe i primjenu odredbi uredbi i drugih odredbi prava Unije, jer bi to bilo suprotno naravi prava Unije i načelu nadređenosti prava Unije. Sloboda država članica da same, a da zato nemaju posebne ovlasti određuju kad stupaju na snagu odredbe prava Unije isključena je kako bi se osigurala jedinstvena i istovremena primjena ovoga prava na cijelom području Unije.
- 19 Vidi npr. članak 2. stavak 1., članke 15. do 25. te članke 223. do 309. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*.
- 20 Vidi npr. *Uredbu Vijeća (EZ-a) br. 1258/1999 od 17. svibnja 1999. o financiranju zajedničke poljoprivredne politike, Council Regulation (EC) No 1258/1999 of 17 May 1999 on the financing of the common agricultural policy*, Official Journal, L 160, 26.6.1999., p. 103-112., *Uredbu (EEZ) br. 2092/91 o ekološkoj proizvodnji poljoprivrednih proizvoda i označavanju tako proizvedenih poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda, Council Regulation (EEC) No 2092/91 of 24 June 1991 on organic production of agricultural products and indications referring thereto on agricultural products and foodstuffs*, Official Journal, L 198, 22.7.1991., p. 1-15. te *Uredbu Komisije (EZ) br. 1017/2007 od 30. kolovoza 2007. o upisu oznaka u registar zaštićenih oznaka izvornosti i zaštićenih oznaka zemljopisnog podrijetla, Commission Regulation (EC) No 1017/2007 of 30 August 2007 entering a designation in the register of protected designations of origin and protected geographical indications (Arancia del Gargano (PGI))*, Official Journal, L 227, 31.8.2007., p. 27-28., koje se primjenjuju u području poljoprivrede, zatim *Uredbu Vijeća (EZ-a) br. 2347/2002 od 16. prosinca 2002. kojom se utvrđuju posebni zahtjevi pristupanja i s njima povezani uvjeti primjenjivi na ribolov dubokomorskih populacija, Council Regulation (EC) No 2347/2002 of 16 December 2002 establishing specific access requirements and associated conditions applicable to fishing for deep-sea stocks*, Official Journal, L 351, 28.12.2002., p. 6-11., koja se primjenjuje u području ribarstva, *Uredbu (EZ) br. 680/2007 Europskoga parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2007. o određivanju općih pravila za dodjelu financijske potpore Zajednice u području transeuropskih prometnih i energetske mreže, Regulation (EC) No 680/2007 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2007 laying down general rules for the granting of Community financial aid in the field of the trans-European transport and energy networks*, Official Journal, L 162, 22.6.2007., p. 1-10., koja se primjenjuje u područjima prometa i energetike.
- 21 Vidi npr. *Uredbu br. 1 o određivanju jezika koji se upotrebljavaju u Europskoj ekonomskoj zajednici, EEC Council: Regulation No 1 determining the languages to be used by the European Atomic Energy Community*, Official Journal, English special edition: Series I Chapter 1952-1958., p. 59., *Uredbu Vijeća (EEZ, EURATOM) br. 1182/71 od 3. lipnja 1971. o utvrđivanju pravila koja se primjenjuju za razdoblja, dane i vremenska ograničenja, EEC Council: Regulation No 1182/71 of 3 June 1971 determining the rules applicable to periods, dates and time limits*, Official Journal, L 124, 08.06.1971., p. 1-2., i *Uredbu (EZ) br. 1049/2001 Europskoga parlamenta i Vijeća od 30. svibnja 2001. glede javnog pristupa ispravama Europskoga parlamenta, Vijeća i Komisije, Regulation (EC) No 1049/2001 of the European*

konačno, obvezna su primjenjivati i odluke kojima se postavljaju minimalni kriteriji za postupanje ili se određuju specifična prava i obveze pojedinaca.²²

Izravna primjena nekih pravila Europske unije izuzetno je značajna i za upravno pravo. Razlog tome je što ta pravila već samim trenutkom stupanja na snagu za svoje adresate izravno utemeljuju određena prava i obveze te ih države članice ne trebaju dodatno osnaživati nacionalnim pravnim propisima. Ove akte javnopravna tijela trebaju primjenjivati, baš kao i pravne propise nacionalnog prava, a pojedinci se na njih mogu slobodno pozivati u upravnim postupcima, dok su u upravnom sporu temeljem njih ovlašteni tražiti izravnu zaštitu prava koja su utemeljena na tim odredbama. Takav pravni učinak izvori primarnog prava i uredbe imaju na području svih država članica.²³ Upravo je izravna primjena prava Unije na području svih država članica važan preduvjet za ostvarivanje ciljeva ove nadnacionalne integracije. Ono omogućuje da određena pravila jednako i istovremeno važe za sve adresate, bez obzira u kojoj se državi članici nalaze, i za sve njih polučuju iste pravne učinke.²⁴

Konačno, na načelo izravne primjene prava Unije dovezuje se i treće bitno obilježje ovoga pravnog sustava – izravni učinak nekih njegovih odredbi. Važna posljedica samostalnosti pravnoga sustava Europske unije ogleda se i u okolnosti da subjekti ovoga sustava nisu samo države članice, već su to i pojedinci, tj. fizičke i pravne osobe.²⁵ Upravo na temelju suverenih ovlasti koje su na Uniju prenijele države članice, institucije Unije mogu donositi propise koji bez posredovanja država članica imaju izravan učinak na prava i obveze svih njezinih subjekata, pa tako i pojedinaca.²⁶

Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, Official Journal, L 145, 31.5.2001., p. 43-48.

- 22 Vidi npr. *Odluku Komisije od 6. studenoga 2000. o minimalnim kriterijima koje države članice trebaju uzeti u obzir pri imenovanju tijela u skladu s člankom 3. stavkom 4. Direktive 1999/93/EZ-a Europskoga parlamenta i Vijeća o okviru Zajednice za elektroničke potpise, 2000/709/EC: Commission Decision of 6 November 2000 on the minimum criteria to be taken into account by Member States when designating bodies in accordance with Article 3(4) of Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council on a Community framework for electronic signatures (notified under document number C(2000) 3179) (Text with EEA relevance), Official Journal, L 289, 16.11.2000., p. 42-43., Odluku Europskog parlamenta i Vijeća od 22. prosinca 2003. o imenovanju nezavisnog nadzornog tijela predviđenog u članku 286. Ugovora o osnivanju Europske zajednice (nadzornik zaštite podataka Unije), 2004/55/EC: Decision of the European Parliament and of the Council of 22 December 2003 appointing the independent supervisory body provided for in Article 286 of the EC Treaty (European Data Protection Supervisor), Official Journal, L 12, 17.1.2004., p. 47., i sl.*
- 23 Već u trenutku pristupanja neke države Uniji u njezinom će pravnom sustavu vrijediti sve odredbe ugovora, tj. svi izvori primarnog prava, kao i sve uredbe koje su do tada stupile na snagu, osim ako ugovorom o pristupanju nije odgođena primjena neke od njihovih odredbi. Josipović, op. cit., str. 61.
- 24 Ibid., str. 59.
- 25 U *Predmetu Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen* Sud Europske unije građane država članica definirao je kao subjekte prava Unije i pravu Unije pripisao je izravni učinak.
- 26 Prema mišljenju Herdegena upravo u izravnom učinku prava Unije leži temeljna razlika između ovlasti Unije i drugih međunarodnih organizacija ili ostalih oblika međuvladine suradnje. Herdegen, Matthias, *Europarecht*, Beck, München, 2001., str. 51. U *Predmetu Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen* Sud Europske unije utvrdio je da kada provedba neke odredbe ugovora ne iziskuje posebnu implementaciju u nacionalne pravne sustave država

Izravni učinak imaju odredbe primarnog i sekundarnog prava Unije iz kojih, uz određene pretpostavke za države članice ili za pojedince neposredno proizlaze neka subjektivna prava i obveze na koje se njihovi nositelji mogu pozvati u upravnim i sudskim postupcima koji se vode u državi članici. Iako izravni učinak prava Unije u pravilu proizlazi iz izravne primjene ovoga prava u pravnim sustavima država članica, svako pravno pravilo koje se izravno primjenjuje nema nužno i izravni učinak. Da bi neka odredba imala izravni učinak, tj. da bi u pravnom sustavu države članice izravno proizvodila pravni učinak za to trebaju biti ispunjene tri osnovne pretpostavke: odredba mora biti jasna, potpuna i određena; odredba mora sadržavati obvezu na neko činjenje ili propuštanje, tj. mora obvezivati države članice ili fizičke i pravne osobe na određeno postupanje; i primjena odredbe od strane javnopravnog tijela ili suda države članice ne smije biti uvjetovana donošenjem nekoga posebnog pravnog akta ili poduzimanjem neke druge mjere od države članice.²⁷

Izravni učinak prava Unije posebno je značajan za upravno pravo, jer neki propisi Unije izravno zasnivaju upravno-pravne odnose. Već na temelju same odredbe prava Unije u državi članici nastaju određeni pravni odnosi – između države članice s jedne strane i pojedinaca, tj. građana ili pravnih osoba s druge. Priznavanje prava koji su rezultat tako zasnovanih odnosa pojedinci mogu zahtijevati pred javnopravnim tijelima i sudovima država članica, baš kao i pred institucijama, tijelima, uredima i agencijama Unije, a kako su ona utemeljena već pravnom normom prava Unije, javnopravna tijela trebaju ih samo utvrditi donošenjem deklaratornog upravnog akta. Štoviše, zaštitu prava koja uživaju temeljem izravnog učinka prava Unije pojedinci mogu izravno utuživati pred sudovima država članica, odnosno Sudom Europske unije. Izravni učinak prava Unije ne obvezuje samo tijela koja obavljaju izvršne poslove i provode pravo, već i zakonodavna tijela. Tako kada neko pravilo prava Unije ima izravni učinak zakonodavno tijelo države članice ne smije donositi nikakve propise, čak niti ustavne prirode, koji bi mogli priječiti izravni učinak takvoga pravila, već je štoviše, sukladno načelu lojalne suradnje, dužno poduzeti sve odgovarajuće mjere, opće i posebne, kako bi osiguralo ispunjavanje obveza koje proizlaze iz *ugovora* ili su rezultat akata institucija Unije. Time su države članice dužne olakšati ostvarivanje ciljeva Unije, posebno onih ciljeva koji su zajamčeni izravnim učinkom prava ove nadnacionalne integracije.²⁸

Načelo izravnog učinka prava Unije također ne proizlazi iz *ugovora*, već je utvrđeno i oblikovano brojnim odlukama Suda Europske unije. Nastupanje izravnih

članica, tj. donošenje nekih novih posebnih propisa u državama članicama, kako bi se sukladno njoj postupalo te kada države članice ne mogu određivati nikakve rezervacije, treba zaključiti kako je ona prikladna da proizvede izravne pravne učinke u pravnim odnosima između država članica i njihovih adresata.

27 Josipović, op. cit., str. 67-69. U *Predmetu Yvonne van Duyn/Home Office*, Case C-41/74, *Yvonne van Duyn v Home Office*, 1974., European Court Reports – 1337., Sud Europske unije utvrdio je da kada iz nekog propisa Unije za države članice proizlaze jasno određene obveze koje ne zahtijevaju donošenje nikakvih daljnjih mjera niti za države članice niti za Uniju, te ne ostavljaju državama članicama u vezi s njihovom primjenom nikakva diskrecijska ovlaštenja, radi se o izravnom učinku propisa.

28 Vidi članak 4. stavak 3. *Ugovora o Europskoj uniji*.

učinaka pojedinih odredbi prava Unije nužna je pretpostavka osiguranja jedinstvene i učinkovite primjene prava Unije, pa čak i nadzora primjene ovoga prava na području država članica kroz postupke koji se mogu voditi pred Sudom zbog neispunjavanja obveza iz *ugovora* i postavljanja prethodnih pitanja. Izravni učinak prava Unije važan je i kako bi se na razini Unije zaštitila subjektivna prava pojedinaca koja su oni stekli donošenjem općih pravnih pravila prava Unije.²⁹

Na kraju još valja naglasiti kako, pored spomenutog izravnog učinka, pravo Europske unije na pravni sustav države članice ima i posredan učinak. Sukladno ovome načelu prava Unije javnopravna tijela i sudovi država članica propise domaćeg pravnoga sustava uvijek trebaju tumačiti u skladu s pravnim pravilima prava Unije. Dakle, ako postoji mogućnost različitoga tumačenja nekoga pravnog pravila domaćeg prava, javnopravno tijelo ili sud države članice dužni su ga protumačiti na način kojim se njime ostvaruje cilj postavljen pravom Unije. Time se posredni učinak prava Unije javlja usporedno s izravnim učinkom i nije mu podređen.³⁰

Navedene značajke prava Europske unije, kojima je ograničena samostalnost država članica u pravnome normiranju i primjeni prava, a koje se odnose i na tijela koja obavljaju zakonodavne i ona koja obavljaju izvršne poslove, doprinose jamčenju najviše moguće razine jednakosti primjene prava Unije u različitim državama članicama, koja bi inače mogla biti ugrožena različitim postupovnim pravilima i upravnom praksom u pojedinim državama članicama te se proklamira jednakost među svim njezinim članovima.³¹

3. UČINAK OPĆIH NAČELA PRAVA EUROPSKE UNIJE NA UPRAVNO PRAVO DRŽAVA ČLANICA

Pravni sustav Europske unije složen je sustav koji se sastoji od normi utvrđenih u različitim izvorima: primarnom pravu, sekundarnom pravu i općim načelima prava.³² Značajka propisa sadržanih u pisanim izvorima primarnog i sekundarnog prava Unije jest da ih usvajaju države članice kao suvereni subjekti međunarodnog prava, odnosno da ih u okviru prenesenih ovlasti u zakonodavnom ili nezakonodavnom postupku donose i usvajaju institucije Europske unije, ponajprije Europski parlament i Vijeće, ali u određenim slučajevima i Komisija. Međutim, pored ovih pisanih izvora koji se donose prema pravilima unaprijed utvrđenih postupaka, posebnu važnost u pravu Unije imaju i pravila koja proizlaze iz tumačenja pravnih normi sadržanih u ovim, pisanim izvorima prava. Ta se pravila još nazivaju i općim načelima prava Europske unije te čine vrlo bitan izvor prava.³³ Upravo ona nerijetko služe kao okvir unutar

29 Vidi Josipović, op. cit., str. 68-69. i Čapeta, Rodin, op. cit., str. 24.

30 Na posredni učinak Sud Europske unije prvi put pozvao se u *Predmetu Von Colson i Kamman/Land Nordrhein - Westfalen*. O ovome vidi i Čapeta, Rodin, op. cit., str. 67-68.

31 Schwartz, op. cit., str. clxxii-clxxiii.

32 Izvor prava Europske unije čine i sporazumi sklopljeni s državama nečlanicama, no oni se u kontekstu ovoga rada neće dalje razmatrati.

33 Kako pisani izvori prava u određenim slučajevima mogu biti nedostatni te iz njih jasno ne proizlazi kako javnopravna tijela, odnosno sudovi trebaju postupiti u konkretnim slučajevima, ta su tijela tada primorana različitim metodama tumačenja stvoriti nova pravna pravila temeljem

kojega se pravni sustav nadopunjuje pravnim propisima te tako utječu i na sadržaj pravnih propisa koji se donose.³⁴ U pravnom sustavu Europske unije opća načela prava nalaze primjenu u tri glavna područja. Ona se koriste pri tumačenju drugih pravnih pravila, u popunjavanju pravnih praznina, te konačno, kako bi se odredila pravna valjanost sekundarnih propisa. Opća načela prava Unije obvezuju institucije, tijela, urede i agencije Unije te javnopravna tijela i sudove država članica. Toliko su značajna da se čak i zakonitost pravnih pravila Unije suprotnih ovim načelima može osporavati pred Sudom Europske unije.³⁵ Ona utječu i na nacionalno zakonodavstvo država članica, jer pri općem normiranju pojedinih pravnih instituta moraju biti uzeta u obzir. Štoviše, nacionalne pravne propise suprotne ovim načelima nadležna tijela države članice moraju izuzeti iz primjene.³⁶

U formuliranju ovih načela posebnu ulogu u sedamdesetogodišnjem razvoju Europske unije zauzeo je Sud Europske unije.³⁷ Iako ovaj Sud kao pravosudna

kojih će donijeti odluku o predmetu koji rješavaju. Ovome u prilog uvelike idu vrlo poopćena pravila koja nužno niti ne moraju biti kodificirana, a koja se zbog svoje općeprihvaćenosti i redovite uporabe primjenjuju u slučajevima nedostatka pravnoga pravila, nejasnosti ovoga pravila, odnosno njegove suprotnosti s drugim pravilima. Opća načela kao izvor prava Unije vrlo su važna, jer ona u pravilu ograničavaju samovolju u postupanju institucija, tijela, ureda i agencija Unije, ali i javnopravnih tijela država članica. Opća načela prava ujedno su jedan od najvažnijih izvora prava Europske unije. O općim načelima prava Unije kao izvoru prava Europske unije vidi i Đerđa, Dario, *Osnove upravnog prava Europske unije*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2012., str. 40-43.

- 34 Ova načela razvijala su se postupno i nisu u svim razdobljima imala jednaki značaj za funkcioniranje pravnoga sustava Unije. Ona su ponajprije odraz zahtjeva koje su za djelotvornost Unije, a time i njezinoga pravnog poretka, postavili ciljevi njezinog osnivanja, premda mnoga od njih imaju i posebno značenje za očuvanje suvereniteta država članica, njihovih ustavnih, političkih, gospodarskih i pravnih poredaka. Josipović, op. cit., str. 4-6. Broj općih načela prava Unije nije određen niti su ona igdje taksativno popisana. Štoviše, ne postoje niti jasno utvrđeni kriteriji što se sve može smatrati općim načelom prava Unije. U *Predmetu Audiolux i ostali*, Case C-101/08, *Audiolux SA e.a v Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and Others and Bertelsmann AG and Others*, 2009., European Court Reports I - 9823., Sud Europske unije utvrdio je kako se ne može smatrati da postoji neko načelo ako takvo načelo nema ustavni položaj, niti u pravnom sustavu Unije, niti u pravnim sustavima država članica, ako ne postoji jasna potpora postojanju nekog načela u pravnoj literaturi te ako neko načelo nema opću valjanost koja se pripisuje općim načelima.
- 35 Vidi odluke Suda Europske unije donesene u Predmetu Amministrazione delle Finanze dello Stato/Simmenthal te u Predmetu Bartsch, Case C-427/06, *Birgit Bartsch v Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, 2008., European Court Reports I - 7245.
- 36 O utjecaju općih načela prava Unije u nacionalnim pravnim sustavima vidi Gareth, Davies, *Activism relocated: The Self-restraint of the European Court of Justice in its national context*, *Journal of European Public Policy*, vol. 19., no. 1., 2012., str. 76-91. Na važnost *soft law* učinka ovih načela ukazuje i Stefan u Stefan, Oana, *European Union Soft Law: New developments concerning the divide between legally binding force and legal effects*, *Modern Law Review*, vol. 75., no. 5., 2012., str. 881.
- 37 Sud Europske unije stvarao je opća načela prava Unije još od odluke donesene u *Predmetu Algeria i drugi/Vijeće*, Joined cases 7/56, 3/57 to 7/57, *Dineke Algeria, Giacomo Cicconardi, Simone Couturaud, Ignazio Genuardi, Félicie Steichen v Common Assembly of the European Coal and Steel Community*, 1957., European Court Reports, English special edition – 39., 1957. godine. U ovome slučaju, u nemogućnosti oslanjanja na odredbe *ugovora* Sud je, kako ne bi

institucija ima temeljnu zadaću „osigurati da se pri tumačenju i primjeni ugovora poštuje pravo“, u nedostatku izričitih odredbi prava Unije, važna zadaća Suda svakako je i oblikovanje pravnih pravila potrebnih za rješavanje konkretnih slučajeva.³⁸ On odlučuje o tužbama koje podnose države članice, institucije, fizičke ili pravne osobe; na zahtjev sudova ili tribunala država članica daje prethodno mišljenje o tumačenju prava Unije; ocjenjuje zakonitost akata institucija, tijela, ureda i agencija Unije s ugovorima; te donosi odluke u ostalim slučajevima koji su propisani ugovorima.³⁹ Ima sjedište u Luksemburgu, a kao institucija, sastoji se od tri suda: Europskog suda, Općeg suda i Službeničkog suda.⁴⁰

Sud Europske unije svojim je odlukama uobličio dojmljiv skup pravila i općih načela prava Unije, koja su prvenstveno rezultat tumačenja odredbi ugovora te drugih

izbjegao utvrditi pravdu izjavio kako je obvezan „...odlučiti o pravnom pitanju pozivajući se na pravila potvrđena od zakonodavca, pravnu znanost i sudsku praksu država članica.“ Time je Sud Europske unije prihvatio francusko načelo „zabrane nijekanja utvrđivanja pravde“ čime je započela njegova vrlo plodna djelatnost u stvaranju pravnih pravila sudskom praksom. Nehl ističe kako je Sud Europske unije svojom djelatnošću popunio brojne praznine u upravnom sustavu Europske unije, što u pravu Unije ima izniman praktičan značaj. Također smatra kako je ovaj Sud stvarajući načela ujedno obavio i najintenzivniju usporednu analizu različitih pravnih sustava. Nehl, Hanns P., Administrative law, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Elgar publishing, Cheltenham, 2006., str. 22-23. O ulozi Suda Europske unije u pravnom sustavu ove organizacije vidi i Carrubba, Clifford, Gabel, Matthew, Hankla, Charles, Judicial Behaviour under Political Constraints: evidence from the European Court of Justice, *American Political Science Review*, vol. 102., no. 4., 2008., str. 436-438., Volcansek, Mary, Impact of Judicial Police in the European Community: the Italian constitutional court and European Community law, *The Western Political Quarterly*, vol. 42., no. 4., 1989., str. 570-572., Schwartze, op. cit., str. 39. te Peterson, John, Shackleton, Michael, *The Institutions of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002., str. 136-137.

- 38 Jetzlsperger naglašava kako je uloga sudova u stvaranju prava jedna od najvažnijih funkcija javne vlasti uopće. On ističe kako ustavni sudovi, vrhovni sudovi te najviši specijalizirani sudovi imaju posebne prerogative sudskog nadzora zakonitosti i općih i pojedinačnih akata u okviru svoje pravosudne funkcije. Oni stoga imaju posebnu odgovornost, a koja se ogleda u „utvrđivanju interpretativnih sadržaja pri primjeni valjane pravne norme, ali samo one norme koja zahtijeva tumačenje.“ Jetzlsperger, Christian, *Legitimacy through Jurisprudence?*, Nashville, Tennessee, 2003., str. 25-29.
- 39 Članak 19. stavak 3. *Ugovora o Europskoj uniji*. Postojanje Suda pokazalo se izuzetno bitnim za razvoj europskih zajednica i Europske unije uopće. U pravnoj literaturi ističe se kako je Sud Europske unije odigrao presudnu ulogu u trenucima zastoja političkih integracija u ovoj organizaciji te je upravo njegovom zaslugom konstitucionaliziran pravni poredak Unije. Čapeta, Rodin, op. cit., str. 38-39.
- 40 Sud Europske unije sud je ograničenih nadležnosti. To znači da nije ovlašten odlučivati u svim sporovima koji se rješavaju na temelju prava Unije, već samo o onim pitanjima za odlučivanje o kojima je izričito ovlašten ugovorima te aktima donesenim na temelju ugovora. Nadležnost Suda Europske unije proteže se na sva područja prava Unije, osim zajedničke vanjske i sigurnosne politike te određenih aktivnosti u području slobode, sigurnosti i pravde. Članci 275. i 276. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*. Ako Sud utvrdi da je akt neke institucije, tijela, ureda ili agencije Europske unije nezakonit ili je radnja poduzeta suprotno pravilima Unije, ova institucija, tijelo, ured ili agencija mora poduzeti sve mjere sukladno presudi Suda. Ako je pri tome presudom utvrđeno i da je počinila kakvu štetu nekoj osobi, dužna je i naknaditi ovu štetu. Članak 266. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*.

akata koje temeljem *ugovora* donose institucije Unije. U nedostatku pravnih propisa koji specifično utvrđuju poduzimanje neke postupovne radnje, utvrđujući način njezine provedbe, baš kao i sadržaj, kreativna uloga Suda Europske unije u stvaranju pravnih pravila posebno dolazi do izražaja. Popunjavajući pravne praznine Sud Europske unije definirao je i razradio brojna pravila upravnog postupka i postupanja uprave. Posebno zato što je sekundarno pravo Unije gotovo isključivo sektorsko, presude Suda Europske unije nerijetko se pozivaju na uobičajenu praksu u drugim područjima, a što onda dovodi do stvaranja upravnih načela opće naravi nastalih učestalim pozivanjem u presudama donesenim u konkretnim predmetima. Stoga se i može zaključiti kako je sudska praksa Suda Europske unije najvažniji izvor općeg, tj. nesektorskog upravnog prava Unije.⁴¹

Sud Europske unije ovlašten je svojom praksom stvoriti pravno pravilo kojim će riješiti predmet, a koje izvodi iz postojećeg prava Unije, ali i pravnih sustava država članica. Tada se oslanja na već utvrđena opća načela upravnog prava koja su stvorena i precizirana putem upravnih sudova država članica Unije. Preuzimajući sadržaj sudskih praksi pojedinih država članica, Sud Europske unije definira i precizira opća načela upravnoga prava obvezna za sve države članice i njihova javnopravna tijela u primjeni prava Unije. Međutim, Sud tada mora posebno pripaziti da ne prekorači svoje ovlasti te, zbog toga, nezakonito uđe u sferu zakonodavca.⁴² Sud Europske unije polazi sa stajališta da ako se može pokazati da je odluka izvedena iz općih načela prava, dakle onih načela koja su općeprihvaćena, bit će osigurana čvrsta pravna osnova presude koju donosi čak i u slučaju nedostatnosti pisanih pravnih pravila. Iako je izvor prava koji utvrđuje načelo u presudi Suda Europske unije njezina izreka, u ovim presudama posebnu pozornost treba obratiti upravo na obrazloženje u kojem se redovito nalazi pravno shvaćanje Suda o značenju pojedinoga pravnog pravila.⁴³

Ponavljanjem svojih stajališta koje povezuje s pravilima primarnoga prava Unije, Sud kvalificira ova stajališta kao obvezujuća pravila, čime se nadopunjuje pravni sustav u dijelovima dotadašnjih pravnih praznina.⁴⁴ Stoga je djelatnost Suda

41 Garrett, Kelemen i Schulz tvrde kako su države članice sklapajući ugovore povjerile Sudu Europske unije kreativnu samostalnost u stvaranju prava, a sve radi povećanja učinkovitosti primjene ugovora koje su ranije sklopile. Ističu kako Sud koristeći ovu svoju ovlast nerijetko stvara načela koja države članice sporazumno u zakonodavnom postupku ne bi usvojile, čime pravni sustav Unije izrasta iz samoga sebe. Garrett, Geoffrey, Kelemen, Daniel, Schulz, Heiner, The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union, *International Organization*, vol. 52., no. 1., 1998., str. 150.

42 O ovome Hartley, Trevor C., *The Foundations of European Union law: an introduction to the constitutional and administrative law of the European Union*, Oxford University Press, New York, 2010., str. 141.

43 Vidi Aviani, op. cit., str. 243. O značaju odluka Suda Europske unije uopće više vidi u Rodin, Siniša, Čapeta, Tamara, *Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu*, Pravosudna akademija, Zagreb, 2008., str. 17-24.

44 Nepotpun sustav postupovnih pravila u Uniji te pravne praznine koje se u takvom sustavu javljaju u svezi sa zaštitom prava građana u upravnom postupku, zahtijeva nužnu sudsku intervenciju u svezi s ograničavanjem postupovnih ovlasti javnopravnih tijela. O ovome vidi u Nehl, Hanns P., *Principles of administrative procedure in EC law*, Hart, Oxford, 1999., str. 5. Upravo zato Sud Europske unije od samog početka postojanja zajednica svojim pravnim rješenjima postavlja načela postupanja institucija, tijela, ureda i agencija Unije.

Europske unije posebno važna upravo u onim područjima upravnog prava u kojem je nepotpuno pravno uređenje. Zbog toga, institucije, tijela, uredi i agencije Unije trebaju slijediti pravila sadržana u presudama Suda Europske unije, a koja kao načela prava Unije čine sastavni dio njezinoga pravnog sustava.⁴⁵

Obavljajući tu svoju ovlast Sud Europske unije značajno je doprinio jačanju načela zakonitosti inzistiranjem na isticanju pravne osnove poduzimanja svake pravne radnje, koja uvijek treba biti razvidna iz izričitoga pozivanja na propis o nadležnosti ili drugu osnovu poduzimanja te radnje.⁴⁶ Svojom praksom tijelima koja vode upravne postupke postavio je obvezu da prije donošenja odluke pažljivo i objektivno razmotre sve relevantne činjenice i pravna pitanja u postupku.⁴⁷ Utvrdio je i pravo stranke, ali i svake zainteresirane osobe izvršiti uvid u spis predmeta te pristupiti svim ispravama u spisu.⁴⁸ Nadalje je potvrdio te detaljnije razradio pravo na izjašnjavanje stranke u postupku o svim činjeničnim i pravnim pitanjima prije donošenja odluke o njenom pravu, obvezi ili pravnom interesu.⁴⁹ Istaknuo je kako „*razumni rok*“ za poduzimanje postupovne radnje nije jedinstven te se treba odrediti prema okolnostima svakoga pojedinog slučaja.⁵⁰ Svojom praksom inzistira i na obrazloženosti svake odluke kako bi stranci u maksimalnoj mjeri otvorio mogućnost zaštite njezinih prava i pravnih interesa.⁵¹ Sud Europske unije presudama je utvrdio i razradio još niz drugih važnih načela koja se trebaju primjenjivati u upravnom postupku, kao što su načelo razmjernosti, načelo pravne sigurnosti, načelo zabrane diskriminacije, načelo prava

45 Vidi Franchini, Claudio, *European principles governing national administrative proceedings, Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004., str. 188-189.

46 Vidi odluku Suda Europske unije u *Predmetu Komisija/Vijeće*, Case C-45/86, *Commission of the European Communities v Council of the European Communities*, 1987., *European Court Reports* – 1493.

47 Vidi odluku Suda Europske unije u *Predmetu Transocean Marine Paint Association/Komisija*, Case C-17/74, *Transocean Marine Paint Association v Commission of the European Communities*, 1974., *European Court Reports* – 1063., te u *Predmetu Hyper/Komisija*, Case T-205/99, *Hyper Srl v Commission of the European Communities*, 2002., *European Court Reports II* – 3141.

48 Vidi odluku Suda Europske unije u *Predmetu Hercules Chemicals/Komisija*, Case C-51/92, *Hercules Chemicals NV v Commission of the European Communities*, 1999., *European Court Reports I* – 4235.

49 Vidi odluku Suda Europske unije u *Predmetu Transocean Marine* te *Predmetu Hoffmann-La Roche/Komisija*, Case C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities*, 1974., *European Court Reports* – 461.

50 Vidi odluku Suda Europske unije u *Predmetu Komisija/Brazzelli Lualdi i ostali*, Case C-136/92, *Commission of the European Communities v Augusto Brazzelli Lualdi and others*, 1994., *European Court Reports I* – 1981. te u *Spojenim predmetima Limburgse Vinyl Maatschappij i ostali/Komisija*, Joined cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P and C-254/99, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) (C-238/99 P)*, *DSM NV and DSM Kunststoffen BV (C-244/99 P)*, *Montedison SpA (C-245/99 P)*, *Elf Atochem SA (C-247/99 P)*, *Degussa AG (C-250/99 P)*, *Enichem SpA (C-251/99 P)*, *Wacker-Chemie GmbH and Hoechst AG (C-252/99 P)* and *Imperial Chemical Industries plc (ICI) (C-254/99 P) v Commission of the European Communities*, 2002., *European Court Reports I* – 8375.

51 Vidi odluku Suda Europske unije u *Predmetu Rendo i ostali/Komisija*, Case T-16/91, *Rendo NV, Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV and Regionaal Energiebedrijf Salland NV v Commission of the European Communities*, 1996., *European Court Reports II* – 1827.

stranke na pravno sredstvo, kao i načela koja posredno utječu na upravne postupke i ostvarivanje i zaštitu prava i pravnih interesa pojedinaca, npr. načelo pravičnih uvjeta pristupa sudskoj zaštiti u slučaju donošenja nezakonite odluke. Konačno, u presudama Suda Europske unije susreću se i neka vrlo specifična načela koja se primjenjuju u upravnom pravu te mogu značajno utjecati na prava i pravne interese pojedinaca, npr. načelo preventivnog djelovanja uprave.

U nastavku rada razmotrit će se kako presude Suda Europske unije koje pojašnjavaju stanovita načela, obvezuju države članice i njihova javnopravna tijela te tako utječu na oblikovanje prava, posebno upravnoga prava. U tu svrhu najprije će se razmotriti kako presude Suda Europske unije utječu na samo donošenje pravnih propisa, na zakonskoj ili podzakonskoj razini, te kako čak i tijela ovlaštena obavljati općenormativnu djelatnost moraju voditi računa o presudama Suda Europske unije. Zatim će se razmotriti kakav učinak presude Suda Europske unije imaju na rad samih javnopravnih tijela u Republici Hrvatskoj, kada se nađu pred specifičnim pitanjem koje nije precizno uređeno niti nacionalnim pravom države članice niti pravom Unije. Konačno, razmotrit će se i kako javnopravna tijela država članica trebaju relevantnima uzeti način tumačenja pravne norme pri vođenju konkretnoga upravnoga postupka. Time se zaokružuje slika utjecaja prava Unije na pravni sustav države članice, napose razmatrajući ga s aspekta upravnoga prava.

3.1. Utjecaj prakse Suda Europske unije na opće normiranje

Već je utvrđeno kako se između ostaloga i odlukama Suda Europske unije oblikuju opća pravna načela Unije, a koja čine bitan izvor prava ove integracije. Stoga ove odluke posredno obvezuju ne samo tijela koja obavljaju izvršne, već i ona koja obavljaju općenormativne poslove u državi. Kako odluke Suda Europske unije mogu utjecati na općenormativnu djelatnost jasno se može uočiti na primjeru tumačenja načela razmjernosti i načela jednakosti sadržanih u presudama Suda.

Načelo razmjernosti zasigurno je jedno od najznačajnijih načela u pravu Europske unije koje je svoje mjesto izričito našlo čak i u samim *ugovorima*.⁵² Sukladno ovom načelu sadržaj i oblik djelovanja Europske unije ne smije premašiti ono što je nužno za postizanje ciljeva *ugovora*. Upravo je načelo razmjernosti jedno od temeljnih načela upravnoga postupka čime zauzima posebno važno mjesto u upravnom pravu uopće. Ono prvenstveno dolazi do izražaja pri donošenju odluka kojima se ograničavaju prava i pravni interesi nekoj osobi ili joj se nameću odgovarajuće obveze. Sukladno ovome načelu prava i pravni interesi pojedinca ne smiju se ograničavati, osim ako je to nužno za postizanje ciljeva propisanih zakonom i u mjeri u kojoj je takvo postupanje nužno radi zaštite javnog interesa. Također, tijela koja vode upravne postupke ne smiju odrediti pojedincima nikakve obveze osim onih koje su nužne u javnom interesu kako bi se ostvarila svrha propisa Europske unije.⁵³

52 Sud Europske unije izveo je načelo razmjernosti iz nacionalnih prava država članica te ga utvrdio kao opće načelo prava Unije. Ono je kasnije izričito utvrđeno u *Ugovoru o Europskoj uniji*.

53 Važno je istaknuti kako u Europskoj uniji svako ograničenje prava ili nametanje obveza

Opća obveza poštivanja načela razmjernosti u vođenju upravnog postupka uvedena je tek stupanjem na snagu novog *Zakona o općem upravnom postupku*.⁵⁴ Međutim, značenje načela razmjernosti, kako ga shvaća Sud Europske unije značajno je šire od formulacije sadržane u navedenom hrvatskom *Zakonu*. Sukladno pravu Unije načelo razmjernosti treba imati primjenu u upravnom pravu općenito, i to ne samo u upravnopostupovnom, već i u materijalnom. Zbog toga, sva tijela u državi članici, i ona koja obavljaju izvršnu i ona koja obavljaju zakonodavnu funkciju, moraju se suzdržavati od radnji koje bi imale učinak suprotan onomu koji je propisan pravom Europske unije, kako ne bi prekoračila svoje ovlasti. Stoga i zakonodavna i izvršna tijela trebaju voditi računa da su čak i pri implementiranju direktiva u nacionalni pravni sustav ograničene načelom razmjernosti te da ne smiju ići iznad najnužnijega za postizanje ciljeva propisa Unije. Stoga se ovo načelo ne smije ograničavati niti zakonima, propisima i drugim općim aktima.

Ovakav zaključak Suda Europske unije susreće se u odluci donesenoj u *Predmetu Komisija/Nizozemska*,⁵⁵ a u kojemu se Nizozemskoj na teret stavljala povreda načela razmjernosti pri implementiranju *Direktive Vijeća 2003/109/EZ od 25. studenog 2003. o položaju državljana trećih država s dugim boravkom*, pri čemu je isticano kako su upravne pristojbe za izdavanje boravišnih dozvola određenim kategorijama doseljenika utvrđene previsoko.⁵⁶ Sud Europske unije izričito je utvrdio kako ustroj i postupanje javnopravnih tijela treba biti takvo da ne onemogućuje niti prekomjerno otežava ostvarivanje prava utvrđenih pravom Unije. Propisivanje nerazmjerno visokih pristojbi treba smatrati kršenjem prava Unije, zbog čega odredbe o previsokim pristojbama za vođenje postupka treba ukloniti iz pravnoga sustava države članice kao protivne pravu Unije. Zaključno, sukladno pravu Europske unije postupak u

nekome pojedincu mora biti u razumnom odnosu sa svrhom koju nalaže propis. Vidi *Predmet Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr*, Case C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 1970., European Court Reports – 1125.

54 Načelo razmjernosti u *Zakonu o općem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09., usko je vezano uz zaštitu prava stranaka i javnoga interesa. Članak 6. ovoga *Zakona* utvrđuje kako se pravo stranke smije ograničiti samo kad je to propisano zakonom te ako je takvo postupanje nužno za postizanje zakonom utvrđene svrhe i razmjerno cilju koji treba postići. S druge strane, kada se na temelju propisa stranci nalaže kakva obveza, prema njoj će se primjenjivati one mjere za ispunjenje obveze koje su za nju povoljnije, ako se takvim mjerama postiže svrha propisa.

55 Case C-508/10, *European Commission v Kingdom of the Netherlands*, 2012., European Court Reports – 0.

56 *Direktiva Vijeća 2003/109/EZ od 25. studenog 2003. o položaju državljana trećih država s dugim boravkom*, Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, Official Journal, L 16, 23.1.2004., p. 44–53., propisuje obvezu državama članicama da dodjele dugotrajno boravište državljanima trećih država koji su tijekom pet godina kontinuirano i zakonito boravili na njihovom teritoriju ili teritoriju druge države članice. U Nizozemskoj, državljani trećih država koji su zatražili boravišnu dozvolu temeljem ove Direktive morali su platiti pristojbu koja se ovisno o konkretnim okolnostima slučaja kretala između 188 i 830 eura. Europska komisija utvrdila je kako je takva pristojba nerazmjerna, jer državljanima trećih država onemogućuje da koriste svoje pravo boravka.

kojemu se utvrđuju pretpostavke za izdavanje dozvole temeljem prava Unije ne smije biti ustrojen na način kojim bi odvrćao pojedinca od pokretanja takvoga postupka.

Sud Europske unije svojim je odlukama detaljnije utvrdio i sadržaj načela jednakog postupanja te način njegove primjene u nacionalnim pravnim sustavima. Jednako postupanje temelji se na zabrani diskriminacije i povlašćivanja stranaka te drugih osoba u upravnom postupku, kao nužnoj pretpostavci ostvarivanja ovoga zahtjeva. Zabrana diskriminacije izuzetno je značajna u pravu Unije. Utvrđena je člancima 18. i 19. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*, kojima se propisuje zabrana svake diskriminacije na temelju državljanstva te na temelju spola, rasnog ili etničkog podrijetla, vjere i uvjerenja, sposobnosti, dobi i spolnog opredjeljenja.⁵⁷ Načelo zabrane diskriminacije općenito zahtijeva da se usporedive pravne situacije tretiraju isto te da se različite pravne situacije tretiraju različito. Od ovog načela dopušteno je odstupiti samo iznimno, ako za to postoje posebno opravdani razlozi zaštite javnog interesa i ako to očito doprinosi postizanju ciljeva Europske unije. Pritom valja istaknuti kako elementi koji karakteriziraju različite pravne situacije i njihovu međusobnu usporedivost moraju biti utvrđeni u kontekstu predmeta postupka kao i svrhe akta koji propisuje razliku u postupanju.

Načelo zabrane diskriminacije, pa tako i jednakog postupanja, posebno je važno u upravnom pravu. Iako načelo zabrane diskriminacije u hrvatskom upravnom pravu nije zakonom posebno istaknuto,⁵⁸ ono je općenito proklamirano već i samim *Ustavom*. Jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova istaknute su među temeljnim odredbama hrvatskoga *Ustava*, a njime se ujedno propisuje i kako su svi pred zakonom jednaki te da svatko ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama. Konačno, *Ustavom* se u Republici Hrvatskoj posebno jamči ravnopravnost pripadnicima svih nacionalnih manjina.⁵⁹ Ove odredbe obvezuju u postupanju sva javnopravna tijela u Republici Hrvatskoj.

U *Predmetu Komisija/Portugal*⁶⁰ pred Sud Europske unije postavilo se pitanje jednakosti uživanja prava korisnika usluga prekogranične zdravstvene skrbi, tj. smije li država prekogranično pružanje usluga podvrgnuti strožim ograničenjima u odnosu na pružanje istovrsnih usluga s isključivo tuzemnim elementom.⁶¹ Sud Europske unije

57 Zabrana diskriminacije susreće se i u drugim odredbama *ugovora*, primjerice u članku 40. stavak 2. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije* koji zabranjuje diskriminaciju između proizvođača i potrošača u svezi s poljoprivredom te članku 157. istog *Ugovora* koji utvrđuje načelo prava na jednaku naknadu za jednak rad bez obzira na spol.

58 Zabrana diskriminacije i obveza jednakog postupanja u hrvatskom upravnom postupku proizlazi iz *Zakona o državnim službenicima*, Narodne novine, br. 49/12., 37/13. i 38/13., kojim je kao temeljnim službeničkim propisom u članku 6. utvrđeno načelo zabrane diskriminacije i povlašćivanja, te iz odredbi o izuzeću službene osobe koja vodi upravni postupak utvrđenih člankom 24. *Zakona o općem upravnom postupku*.

59 Članak 3., članak 14. te članak 15. stavak 1. *Ustava Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 85/10.

60 Case C-255/09, *European Commission v Portuguese Republic*, 2011., European Court Reports I – 10547.

61 Portugalskim zakonodavstvom bili su određeni specifični uvjeti pod kojima se mogao tražiti

u svojoj presudi naveo je kako države članice ne smiju stvarati uvjete koji otežavaju slobodu kretanja usluga između dvije države članice i koji su različiti od uvjeta koji postoje u slučaju pružanja istovrsne domaće usluge. Sud smatra kako činjenica da pojedinci koji žele uživati usluge zdravstvene skrbi u drugoj državi članici od nacionalnih javnopravnih tijela moraju ishoditi više dozvola u više različitih upravnih postupaka kako bi imali pravo na naknadu troškova liječenja, predstavlja nerazmjerno ograničenje slobode pružanja usluga i povredu načela lojalne suradnje. Stoga su u ovome slučaju način uređenja ostvarivanja prava, kao i pretpostavke za ostvarivanje takvoga prava na općenormativnoj razini dovodile do nejednakosti osoba koje usluge zdravstvene skrbi koriste u državi odnosno u inozemstvu. U ovome slučaju Sud je utvrdio i povredu načela razmjernosti pri normiranju uvjeta za ostvarivanje prava prekogranične zdravstvene skrbi s obzirom na cilj zaštite javnih financija, jer udio pacijenata koji su zahtijevali ovo pravo nije bio velik, te su usluge prekograničnog liječenja tražile ponajprije osobe koje imaju specifične bolesti za koje postoje specifični programi liječenja u inozemstvu. Stoga je Sud Europske unije posebno naglasio kako su tijela koja vode upravne postupke pri primjeni pravnih pravila Unije ograničena obvezom istoga postupanja, tj. obvezom postupanja po istim postupovnim pravilima sukladno kojima postupaju u istovrsnim upravnim stvarima u kojima se primjenjuje isključivo nacionalno pravo. Na taj se način isključuje eventualna diskriminacija onih osoba u čiju se korist primjenjuje mjera Europske unije u usporedbi s osobama u čiju se korist u istovrsnim stvarima provode domaće mjere.⁶²

Ovakav način rasuđivanja Suda Europske unije posebno je značajan ne samo za Hrvatski sabor već i za ministarstva i druga državna tijela, baš kao i pravne osobe s javnim ovlastima koje donose akte općenormativne naravi i koji pri tomu moraju voditi računa da ne prekrše pravo Europske unije.

3.2. Utjecaj prakse Suda Europske unije na popunjavanje pravnih praznina

Presude Suda Europske unije nisu bitne samo u pitanjima koja se odnose na utvrđena zakonska rješenja, već su značajne i za popunjavanje pravnih praznina. U slučajevima reguliranja određenoga pravnog pitanja samo u jednom upravnom području, te ispuštanja regulacije sličnih u drugim područjima prava stvaraju se pravne praznine koje dovode do dvojbi o postupanju u tim slučajevima. Oni su posebno česti u upravnom pravu zbog njegove izuzetne širine. Pravnostvaralačka uloga Suda Europske unije posebno je važna u tim slučajevima.

Nedostatna pravna regulacija pojedinog pravnog pitanja u Hrvatskoj ogleda se, primjerice, u području odgovornosti za štetu koju su nezakonitim i nepravilnim

povrat troškova za nebolničku medicinsku skrb pruženu u inozemstvu, a koja je zahtijevala odobrenja koja se ishoduju u tri različita upravna postupka, prije negoli se stekne pravo na povrat sredstava. Razlog takve odluke Portugala ogledao se u strahu od mogućeg kolapsa socijalnog sustava do kojeg bi došlo zbog isplata velikoga broja naknada za zdravstvene usluge pružene u drugim državama članicama.

62 Ove obveze proizlaze iz načela lojalne suradnje. O ovome vidi Josipović, op. cit., str. 38.

radom nekoj osobi počinila javnopravna tijela. U hrvatskom pravnom sustavu to pitanje uređuje tek odredba članka 14. *Zakona o sustavu državne uprave*⁶³ koja propisuje kako štetu koja građaninu, pravnoj osobi ili drugoj stranci nastane nezakonitim ili nepravilnim radom tijela državne uprave, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, odnosno pravnih osoba koje imaju javne ovlasti u povjerenim im poslovima državne uprave, naknađuje Republika Hrvatska.⁶⁴ Ovom odredbom u Hrvatskoj je utvrđena odgovornost za štetu koju nekoj osobi počine tijela u obavljanju poslova državne uprave, ali ne i u poduzimanju drugih radnji iz upravnog djelokruga. Drugim riječima, svakako valja naglasiti kako su izvan dosega te odredbe ostala ne samo tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave u obavljanju poslova iz djelokruga lokalne i područne (regionalne) samouprave, već i pravne osobe s javnim ovlastima u svim povjerenim im poslovima. Iako se na odgovornost drugih državnih tijela odnose neki posebni zakoni, npr. *Zakon o sudovima* na odgovornost za štetu počinjenu nezakonitim radom sudova ili *Zakon o državnom odvjetništvu* koji uređuje ovo pitanje u svezi s nezakonitim radom državnog odvjetništva, izvan dosega ove odredbe ostaju brojna druga državna tijela, npr. Hrvatski sabor.⁶⁵

Međutim, sudska praksa Suda Europske unije izravno je usmjerena na proširenje primjene odredbi o odgovornosti države za štetu i na ostale subjekte javne vlasti koji obavljaju upravne zadaće u državama, baš kao i na druga državna tijela koja nezakonitim i nepravilnim radom pojedincu mogu počiniti kakvu štetu. Javnopravna tijela u Hrvatskoj odgovaraju za štetu koja nastane njihovim nezakonitim i nepravilnim radom bez obzira radi li se o povredi nacionalnog pravnog pravila ili pravnog pravila utvrđenog pravom Unije. Ako je šteta nastala zbog nezakonitog ili nepravilnog rada javnopravnog tijela u slučaju koji ima isključivo domaća obilježja, odgovornost države utvrđuje se sukladno nacionalnom zakonodavstvu. Međutim, ako je šteta nastala zbog nepoštivanja obveza koje za Republiku Hrvatsku proizlaze iz prava Unije postupak utvrđivanja odgovornosti za štetu provodi se pred nacionalnim sudom primjenom pravnih pravila Unije. Drugim riječima, za pretpostavke, pravne učinke i uopće pravno uređenje takve odgovornosti prvenstveno je mjerodavno pravo Europske

63 *Zakon o sustavu državne uprave*, Narodne novine, br. 150/11.

64 Nekim posebnim zakonima izričito je utvrđena odgovornost države za štetu koju počine neka posebna tijela koja se smatraju državnim, npr. policija. Vidi članak 115. stavak 1. *Zakona o policiji*, Narodne novine, br. 37/11. i 130/12.

65 Članak 105. stavak 1. *Zakona o sudovima*, Narodne novine, br. 28/13., utvrđuje kako Republika Hrvatska odgovara za štetu koju stranci u postupku nanese sudac svojim nezakonitim ili nepravilnim radom u obnašanju sudačke dužnosti. Također, člankom 71i. *Zakona o državnom odvjetništvu*, Narodne novine, br. 76/09., 153/09., 116/10., 57/11., 130/11. i 72/13., utvrđeno je da Republika Hrvatska odgovara za štetu koju u obnašanju dužnosti kao članovi zajedničkog istražiteljskog tima nepravilnim ili nezakonitim radom nekoj osobi nanese državni odvjetnik i zamjenik državnog odvjetnika tijekom svojih operacija, dok je člankom 128. stavak 1. istoga *Zakona* utvrđeno kako Republika Hrvatska odgovara za štetu koju u obnašanju dužnosti nanese državni odvjetnik ili zamjenik državnog odvjetnika građaninu ili pravnoj osobi nepravilnim ili nezakonitim radom. O ovome više vidi u Bukovac Puvača, Maja, Žunić Kovačević, Nataša, Problem temelja odgovornosti države za štetu prouzročenu nezakonitim i nepravilnim radom njenih tijela, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 32., br. 1., 2011., str. 281-282.

unije,⁶⁶ a nacionalno zakonodavstvo kojim je uređeno pitanje odgovornosti države za štetu primjenjuje se supsidijarno. No, pitanje koje ovdje i dalje ostaje riješeno na neujednačen način od države do države jest nezakonito i nepravilno postupanje kojih sve nacionalnih tijela javne vlasti povlači za sobom odgovornost države za štetu.

Krug obveznika naknade štete koju javnopravno tijelo počini nekom pojedincu Sud Europske unije utvrdio je vrlo široko. Iako je u odluci donesenoj u *Predmetu Hedley Lomas*⁶⁷ Sud Europske unije pošao od načela kako je država dužna naknaditi štetu koja je nastala zbog povrede prava Europske unije koje je počinilo neko tijelo državne uprave, ujedno je utvrdio da država članica materijalno treba odgovarati za svaku povredu prava Europske unije, neovisno o tome koje je tijelo javne vlasti počinilo takvu povredu.⁶⁸ Zbog toga, prema stajalištu Suda Europske unije država članica snosi odgovornost za štetu koju je svojim djelovanjem izazvalo bilo koje javnopravno tijelo u državi, neovisno o tome obavlja li ono zakonodavne, izvršne ili sudbene poslove. Na taj način Sud Europske unije nastojao je osigurati zaštitu fizičkih i pravnih osoba u svim slučajevima povrede prava Unije, bez obzira kako je u nacionalnom pravnom poretku neke države članice uređena podjela ovlasti među državnim tijelima.⁶⁹

Odgovornost za štetu s tijela koja obavljaju izvršne poslove Sud Europske unije proširio je i na odgovornost teritorijalnih jedinaca iz političko-teritorijalne podjele države. U *Predmetu Konle/Austrija*⁷⁰ pred Sud se postavilo pitanje odgovara li država članica i za štetu koju su zbog povrede prava Europske unije počinila tijela jedinica područne (regionalne) ili lokalne samouprave.⁷¹ Sud Europske unije utvrdio je kako

66 O ovome vidi Josipović, op. cit., str. 77.

67 Case C-5/94, *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, 1996., European Court Reports I – 2553.

68 U *Predmetu Hedley Lomas* trgovačko društvo iz Ujedinjenoga Kraljevstva zatražilo je od nacionalnog Ministarstva poljoprivrede, ribolova i prehrane dozvolu za izvoz živih ovaca u Španjolsku. Ministarstvo je odbilo izdati dozvolu jer je od udruga za zaštitu životinja dobilo informacije da određene španjolske klaonice ne poštuju odredbe *Direktive br. 74/577 od 11. studenoga 1974. godine o čuvanju životinja prije klanja*, Council Directive 74/577/EEC of 18 November 1974 on stunning of animals before slaughter, Official Journal, L 316, 26.11.1974, p. 10–11. Stoga je trgovačko društvo podnijelo tužbu protiv Ministarstva tvrdeći da propust izdavanja izvozne dozvole predstavlja povredu odredbi *ugovora* kojima je propisana zabrana količinskih izvoznih ograničenja.

69 O ovome vidi Josipović, op. cit., str. 78-79. i 254. Ovo je stajalište Sud istaknuo i u *Predmetu Queen/Treasury*, Case C-392/93, *The Queen v H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc.*, European Court Reports I – 1631., te u *Predmetu Traghetti/Italija*, Case C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA, in liquidation v Repubblica Italiana*, 2006., European Court Reports I – 5177.

70 Case C-302/97, *Klaus Konle v Republik Österreich*, 1999., European Court Reports I – 3099.

71 U ovome predmetu njemački državljanin želio je steći vlasništvo nad nekretninom u Tirolo gdje je u budućnosti namjeravao obavljati gospodarsku djelatnost. Međutim, regionalni propisi Tirola strance su u svezi sa stjecanjem vlasništva nad nekretninama stavljali u nepovoljniji položaj u odnosu na austrijske državljane. Tužitelj je više od četiri godine sudjelovao u različitim postupcima da bi konačno ishodio dozvolu za stjecanje nekretnine, no ujedno je pokrenuo postupak protiv Republike Austrije radi naknade pretrpljene štete zbog povrede slobode kretanja kapitala i slobode poslovnog nastana.

je država dužna osigurati provedbu naknade štete neovisno o tomu na kojoj razini vlasti je povreda počinjena. Drugim riječima, država članica se ne može osloboditi odgovornosti za naknadu štete jer je štetnu radnju počinilo tijelo jedinice područne (regionalne) ili lokalne samouprave. Slijedom ovih odluka može se uočiti kako iz sudske prakse Suda Europske unije jasno proizlazi dužnost uspostave učinkovitog sustava naknade štete zbog povrede prava Europske unije bez obzira je li nacionalno zakonodavstvo propustilo regulirati ovo pitanje te bez obzira na to koje je tijelo javne vlasti prouzrokovalo štetu, baš kao i bez obzira na teritorijalnu razinu djelovanja takvoga tijela.

Upravo na ova pitanja trebaju obratiti pozornost hrvatska tijela i to ne samo ona koja obavljaju izvršne i sudske poslove u konkretnim slučajevima odlučivanja o odgovornosti za štetu nastalu nezakonitim ili nepravilnim radom kojega tijela javne vlasti, već i ona koja obavljaju zakonodavne poslove kada zakonskim putem odluče popuniti ovu pravnu prazninu.⁷²

3.3. Utjecaj prakse Suda Europske unije na tumačenje i primjenu pravnih pravila

Stajališta Suda Europske unije značajno utječu i na provedbu prava, tj. tumačenje i primjenu pravnih normi prava Unije i domaćeg pravnoga sustava. Načela koja proizlaze iz odluka Suda Europske unije nerijetko imaju značajan učinak na rad samih javnopravnih tijela, koja moraju voditi računa o ujednačenoj primjeni pravnih pravila u Uniji. Iako bi jedinstvenoj primjeni prava u korist prvenstveno trebalo ići detaljno normiran institut, sama apstraktna priroda općih pravnih normi dovodi do dvojbi o shvaćanju njihova sadržaja i načinu primjene. Ovo posebno dolazi do izražaja u nekim postupovnim pitanjima upravnoga prava. Jedinstvenost upravne prakse između ostalog ostvaruje se upravnim odlukama donesenim u žalbenim postupcima te presudama donesenim u upravnome sporu. Stoga ujednačavanju shvaćanja i tumačenja pravnih pravila nerijetko u prilog ide upravo praksa Suda Europske unije.

Jedno od posebno važnih pitanja za vođenje upravnog postupka i odlučivanje u upravnim stvarima svakako je utvrđivanje materijalne istine i slobodna ocjena dokaza. Kako bi se donijelo zakonito rješenje u upravnom postupku potrebno je utvrditi pravo stanje stvari. Stoga je zadaća javnopravnoga tijela u upravnom postupku utvrditi sve pravnorelevantne činjenice i okolnosti. Službenik koji vodi upravni postupak ujedno je ovlašten slobodnom ocjenom, na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno te na temelju rezultata cjelokupnog postupka utvrditi koje će činjenice i okolnosti uzeti za dokazane. Upravo ova temeljna pravila u vođenju upravnoga postupka u Hrvatskoj posebno su osnažena člancima 8. i 9. *Zakona o općem upravnom postupku* koji utvrđivanje materijalne istine te slobodnu ocjenu dokaza utvrđuju kao načela hrvatskoga upravnopostupovnog prava. *Zakon o općem upravnom postupku* polazi od slobodne dokazne maksime prema kojoj

72 O ovome vidi Herdegen, op. cit., str. 156 – 157. Ako država članica ne izvršava obveze koje proizlaze iz prava Europske unije, ne samo da će povrijediti načelo lojalne suradnje, već će ujedno biti dužna i naknaditi štetu koja je nekom subjektu nastala kao posljedica takve povrede.

službena osoba prema slobodnom uvjerenju ocjenjuje koje će činjenice utvrditi kojim dokaznim sredstvom te hoće li ih uzeti kao dokazane ili ne.

Na utvrđivanju pravoga stanja stvari kao ključnoj pretpostavci donošenja zakonite odluke o pravu i obvezi neke osobe inzistira i Sud Europske unije.⁷³ Pitanje dostatne pravne osnove za utvrđivanje materijalne istine postavilo se i pred ovim Sudom, koji je trebao odgovoriti na pitanje je li službenik uistinu apsolutno slobodan ocijeniti činjenično stanje te se osloniti isključivo na vlastitu procjenu činjenica i okolnosti. U *Predmetu Technische Universität München/Hauptzollamt München-Mitte*⁷⁴ Sud je potvrdio da službena osoba samostalno utvrđuje činjenice u postupku te na potpuno i pravilno utvrđeno činjenično stanje primjenjuje materijalno pravo. No, također je naglasio kako u određenim upravnim područjima znanja ove osobe potrebna za rješavanje upravnog predmeta mogu ipak biti nedostatna u pogledu prosudbe činjenica. Drugim riječima, upravo pri utvrđivanju neke činjenice, čak i u području u kojem službenik svakodnevno vodi upravne postupke i donosi odluke može se ukazati potreba za posebnim stručnim ili specijalističkim znanjima.⁷⁵ U tim slučajevima službena osoba nije potpuno slobodna, već je obvezna zatražiti pomoć relevantnih stručnjaka kada je u pitanju procjena okolnosti koje su izrazito tehničke ili znanstvene naravi. Drugim riječima, u nekim je slučajevima službena osoba obvezna zatražiti vještačenje. Štoviše, zahtijevati takvo utvrđivanje činjenice od službene osobe može čak i stranka. Tijelo koje donosi odluku o upravnoj stvari koja se temelji na složenim tehničkim ocjenama mora imati slobodu procjene relevantnih okolnosti, ali ova je sloboda ograničena dužnošću zakonitog i pravilnog postupanja. Iz navedenog proizlazi kako se službena osoba ne smije ustručavati zatražiti nalaz i mišljenje vještaka pri ocjeni okolnosti koje su složene tehničke ili znanstvene naravi, jer upravo takvo mišljenje i nalaz doprinosi pravilno i potpuno utvrđenom činjeničnom stanju iz kojega proizlazi točan logički zaključak. Razmatranje činjenice upravo od osobe s relevantnim znanjima i kompetencijama nužan je preduvjet utvrđivanja materijalne istine u upravnom postupku.

Iz ovoga primjera jasno je vidljivo koliko praksa Suda Europske unije utječe

73 U tom je smislu Sud Europske unije svojom praksom obvezao tijela koja vode upravne postupke da pažljivo i objektivno razmotre sve relevantne činjenice i pravna pitanja u postupku. Iznimno je bitno da stranka pritom ima stvarnu mogućnost očitovati se o svim činjeničnim i pravnim pitanjima te priliku iznijeti svoj stav o tomu kako bi upravna stvar trebala biti riješena. Također, odluka koju tijelo donosi mora biti detaljno obrazložena kako bi stranka znala temeljem kojeg propisa je riješena upravna stvar i mogla tražiti drugostupanjsku odnosno sudsku zaštitu svojih prava.

74 Case C-269/90, *Technische Universität München v Hauptzollamt München-Mitte*, 1991., European Court Reports I – 5469.

75 Tehnische Universität München uveo je iz Japana tri mikroskopa za znanstvena istraživanja. U carinskom postupku postavilo se pitanje proizvode li se u Europskoj uniji odgovarajući mikroskopi koji bi se mogli koristiti u iste svrhe kao i oni nabavljeni iz Japana, a koje je bilo od izravnog utjecaja na carinjenje istih. Sud Europske unije inzistirao je na utvrđivanju činjeničnog stanja na način da se konzultira nezavisna grupa stručnjaka, koja će raspolagati potrebnim tehničkim znanjima u specifičnim znanstvenim područjima za koje se vrše procjene, ne bi li tijelu koje vodi postupak mogla dati valjan nalaz i mišljenje na kojem će ono zasnovati zaključak o činjeničnom stanju.

na rad javnopravnih tijela pri rješavanju pojedinačnih upravnih predmeta, ujedno im ukazujući ispravan način tumačenja pojedinih postupovnih instituta. Stoga javnopravna tijela u svojem radu posebnu pozornost moraju obratiti na objavljenu sudsku praksu Suda Europske unije, kako svojim radom ne bi povrijedila koje pravilo prava Unije.

4. ZAKLJUČAK

Pravo Europske unije snažno utječe implikacije na stvaranje i primjenu prava u državama članicama ove međunarodne integracije. Samo ujednačavanjem pravnih instituta u pojedinim pravnim područjima na jednak i pravičan način mogu se provesti ciljevi Europske unije utvrđeni *ugovorima* u svim njezinim državama članicama. Upravo radi provedbe zajedničkih ciljeva pravo Unije karakteriziraju stanovita obilježja kojima ona značajno utječe na pravne sustave država članica.

Najznačajniji pravni učinak prava unije na pravne sustave država članica ogleda se ponajprije u njegovoj nadređenosti pravima država članica. Drugim riječima, države članice moraju uskladiti nacionalna pravna rješenja s onima sadržanima u pravnom sustavu Europske unije. Štoviše, čak i ako nacionalni zakonodavac ne utvrdi neki institut na način propisan pravom Unije subjekti u toj državi mogu zatražiti izuzimanje od primjene pravne norme domaćega pravnoga sustava te postupanje izravno prema normi prava Unije. Nadalje, upravo kako bi se izbjeglo nejednako pravno normiranje u pojedinim državama članicama pojedina pravna pravila Europske unije imaju izravnu primjenu u pravnim sustavima država članica. To znači da nacionalna zakonodavna tijela nisu obvezna implementirati takve pravne norme u domaći pravni poredak, već one u ovim porecima važe od trenutka njihova stupanja na snagu u pravu Unije. Posebno snažan mehanizam kojim se osigurava trenutna primjena pravnog pravila Unije u pravnim odnosima koji nastaju u državi članici svakako je izravni učinak nekih pravnih pravila Europske unije. Ovakvim učinkom osigurava se zasnivanje odgovarajućih pravnih odnosa i ostvarivanje prava određenih pojedinaca u svim državama članicama, samim stupanjem na snagu pravne norme prava Unije. Ova se načela jednako primjenjuju u svim pravnim granama, pa tako i u upravnom pravu.

Upravno pravo države članice svojom širinom i brojnim pravnim područjima koje regulira izloženo je brojnim i različitim utjecajima prava Europske unije. U nedostatku pravnih propisa primarnog i sekundarnoga prava Unije, od posebne važnosti na nacionalna upravna prava svakako su presude Suda Europske unije, koji donoseći odluke o prethodnim pitanjima, ali i rješavajući konkretne upravne sporove, ukazuje na pravilnu primjenu propisa Europskog prava, posebno u slučajevima pravnih praznina ili njihovoga neujednačenoga tumačenja. Stoga presude Suda Europske unije čine važan izvor prava ove integracije. Valja ukazati kako stajališta Suda izrečena u obrazloženjima ovih presuda obvezuju ne samo tijela koja obavljaju upravne i druge izvršne poslove te u konkretnim situacijama primjenjuju pravne norme europskog prava ili domaćeg prava koje je pod utjecajem prava Unije, već obvezuje i tijela koja obavljaju zakonodavne poslove i koja moraju voditi računa da pri normiranju nekoga instituta u nacionalnom pravnom sustavu ne odstupe od pravilne primjene prava Europske unije.

Summary

THE INFLUENCE OF THE EC CASE LAW ON THE CROATIAN ADMINISTRATIVE LAW

The aim of this paper is to elaborate the influence of European Union law on the Croatian administrative law. General influence of European Union law on national legal system is analysed in the first part of the paper. Therefore, authors analyse the supremacy of European Union law which is considered to be the main condition for its unique application. The principle of direct effect and the principle of direct applicability of European Union law in the field of administrative law are also analysed. Authors pay special attention on general principles defined by the European Union and their influence on the Croatian administrative law. For that purpose authors analyse the role of the Court of the European Union in the activity of formulating legal rules. Furthermore, the paper contains the overview of the manner in which standpoints of the Court of the European Union affect the Croatian legislation as well as their usefulness in the area of gap filling. Authors also analyse the importance of the case law in the area of interpretation and application of the national legal rules. Finally, authors conclude in which manner case law of European Union Court affects public authority activities when those bodies in administrative adjudication apply national and European administrative law.

Key words: *The Court of the European Union, general principles of law, proportionality, equality, liability for damages, administrative law, Croatia*

Zusammenfassung

EINFLUSS DER RECHTSPRECHUNG DES GERICHTSHOFS DER EUROPÄISCHEN UNION AUF DAS KROATISCHE VERWALTUNGSRECHT

Das Ziel dieser Arbeit ist es, festzustellen, auf welche Art und Weise die Rechtsregeln der Europäischen Union das kroatische Verwaltungsrechtssystem beeinflussen. Zuerst zieht man allgemeine Fragen des Einflusses des EU-Rechtes auf das nationale Rechtssystem eines Mitgliedsstaates in Betracht. Die übergeordnete Position des EU-Rechtes gegenüber dem nationalen Rechtssystem als Voraussetzung für die Durchsetzung von einheitlichen Rechtszielen und Werten in der Union wird analysiert. Ebenfalls werden auch die unmittelbare Rechtswirkung und die unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechtes im Rechtssystem des Mitgliedstaates analysiert,

was insbesondere im Bereich des Verwaltungsrechtes zum Ausdruck kommt. Besonderen Wert legt man auf die durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union festgesetzten allgemeinen Rechtsgrundsätze und deren Einfluss auf das verwaltungsrechtliche System der Republik Kroatien. Deshalb zieht man die Rolle des Gerichtshofs der Europäischen Union als Gestalters von Rechtsregeln, welche aus der Rechtsprechung hervorgehen, in Betracht. Es wird die Übersicht gegeben, wie die Stellungnahmen des Gerichtshofs der Europäischen Union, welche in seinen Entscheidungen zum Ausdruck kommen, die allgemeine Normierung in Mitgliedsstaaten beeinflussen und wie sie zur Ergänzung von Rechtslücken in der nationalen Gesetzgebung beitragen können. Letztendlich wird darauf hingewiesen, wie die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auf die Auslegung und Anwendung von Rechtsregeln des heimischen Rechtssystems Einfluss übt. Demzufolge wird die Schlussfolgerung darüber gezogen, wie die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auf die öffentlich-rechtliche Körperschaften, welche in ihrem Arbeit neben den materiellen und prozessualen Regeln des kroatischen Rechtssystems auch die Regeln der Europäischen Union in Betracht ziehen müssen, aber auch auf die Körperschaften mit gesetzgebenden Befugnissen, welche diese Regeln bei der allgemeinen Normierung von Rechtsinstituten des Verwaltungsrechtes in Betracht ziehen müssen.

Schlüsselwörter: *der Gerichtshof der Europäischen Union, allgemeine Rechtsgrundsätze, Verhältnismäßigkeit, Gleichheit, Schadenshaftung, Verwaltungsrecht, Kroatien.*

Riassunto

L'INFLUENZA DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA SUL DIRITTO AMMINISTRATIVO CROATO

Lo scopo del presente lavoro è di accertare in che modo le regole giuridiche dell'Unione europea influiscano sul sistema croato del diritto amministrativo. Nel lavoro in primo luogo si prendono in esame le questioni di carattere generale relative all'influenza del diritto dell'Unione sui singoli sistemi giuridici degli Stati membri. Si analizza la posizione sovraordinata del diritto dell'Unione rispetto al sistema giuridico nazionale, quale preconditione per l'applicazione uniforme di traguardi giuridici comuni e dei valori dell'Unione. Al contempo si esaminano gli effetti giuridici diretti derivanti dall'applicazione delle regole dell'Unione nel sistema giuridico di un singolo stato membro; in specie con riferimento all'ambito del diritto amministrativo. Particolare attenzione viene dedicata ai principi generali di diritto suggellati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ed

all'influenza di essi sul sistema giusamministrativistico della Repubblica di Croazia. A tale fine si prende in esame il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea, quale creatore di regole giuridiche che derivano dalla giurisprudenza. Nel contributo si evidenzia come gli orientamenti della Corte, espressi nelle varie decisioni, influiscano sull'attività normativa degli Stati membri, sia come gli stessi possono servire ad integrare le lacune di diritto nella legislazione nazionale. Infine, si osserva altresì come la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea influisce sull'interpretazione e sull'applicazione delle regole giuridiche del sistema giuridico interno. Di conseguenza, si perviene alle dovute conclusioni circa le modalità con cui la giurisprudenza europea influisca sugli enti pubblici, i quali, oltre alle regole materiali e processuali del sistema giuridico croato, devono prendere in considerazione anche le regole dell'Unione europea, come anche sugli organi con poteri legislativi, i quali ultimi debbono altresì considerare dette regole nell'espletamento dell'attività normativa degli istituti generali del diritto amministrativo.

Parole chiave: *Corte di giustizia dell'Unione europea, principi generale di diritto, proporzionalità, uguaglianza, responsabilità per danni, diritto amministrativo, Croazia.*

ZAŠTITA PRAVNE SIGURNOSTI STRANAKA U UPRAVNOM POSTUPKU - PRAVOMOĆNOST I LEGITIMNA OČEKIVANJA

Dr. sc. Marko Šikić, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 35.077.3
Ur.: 28. prosinca 2013.
Pr.: 25. veljače 2014.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se u opisuju i analiziraju instituti u hrvatskom općem upravnom postupku kojima se nastoji osigurati zaštita ideje pravne sigurnosti stranki. Naime, Zakonom o općem upravnom postupku iz 2009. ideja pravne sigurnosti stranaka razrađena je i unaprijeđena normiranjem nekih novih instituta no, nažalost, djelomično i oštećena i unazađena nepotrebnim izbacivanjem iz teksta zakona načela konačnosti. Kako bi se navedene teze mogle dokazati u radu se najprije opisuje institut pravomoćnosti koji je u hrvatskom općem upravnom postupku poznat već više od 80 godina. U navedenom se dijelu rada ističe i koncepcija konačnosti te navodi u kojem je smislu konačnost podupirala načelo pravomoćnosti. U sljedećem poglavlju opisuje se načelo zaštite legitimnih očekivanja. Zaključno, navodi se kako je od velike važnosti tekst Zakona o općem upravnom postupku uvrstiti i načelo zaštite legitimnih očekivanja te nastaviti razrađivati institute kojima se podupire ideja pravne sigurnosti.

Ključne riječi: upravni postupak, pravomoćnost, legitimna očekivanja.

I. UVOD

Hrvatski upravni postupak načelo pravomoćnosti poznaje više od 80 godina, a tek nešto manje vremena i načelo konačnosti. Posljednjim zakonskim tekstom kojim se normirao opći upravni postupak – Zakonom o općem upravnom postupku¹ iz 2009. (u nastavku rada: ZUP) uvedeni su i neki novi instituti kojima je, prema našem mišljenju, u hrvatskom općem upravnom postupku razrađeno i načelo zaštite legitimnih očekivanja. Smatramo kako se time postupovno-pravna sigurnost građana dodatno razradila i zaštitila. Nažalost, iz teksta ZUP-a nepotrebno je izbačeno načelo konačnosti pa je propuštena prilika uspostavljanja općeg cjelovitijeg sustava zaštite pravne sigurnosti građana u raznim etapama upravnog postupka.

U nastavku rada razmatrat ćemo načela pravomoćnosti i zaštite legitimnih

1 NN 47/09. Zakon o općem upravnom postupku stupio je na snagu 1. siječnja 2010.

očekivanja u prvom redu kao pozitivno-pravna postupovna načela kojima je svrha osiguravanje pravne sigurnosti građana od trenutka iskazivanja namjere započinjanja upravnih postupaka pa do završetaka takvih postupaka, dakle kao postupovna načela pozitivnog prava koja su izravno povezana s „postupovnim vremenom“ i idejom pravne sigurnosti. Svjesni smo da smo se poslužili Occamovom britvom, ali se nadamo da nas složenosti navedenih pojmova i dugotrajnosti teoretskih rasprava (u prvom redu vezanih uz pojam pravomoćnosti upravnog akta) opravdavaju.

Također, potrebno je napomenuti kako su pitanje pravomoćnosti, tj. zaštita stečenih prava i zaštita legitimnih očekivanja usko povezane koncepcije koje se promatraju u okviru sadržaja šireg pojma pravne sigurnosti.² Stoga ćemo i mi u radu cijelo vrijeme kretati se u navedenom trokutu, promatrajući načelo pravomoćnosti (zaštitu stečenih prava) i legitimnih očekivanja stranaka kao svojevrsnu cjelinu³ kojom se nastoji zaštititi pravna sigurnost građana kroz razna postupovna vremenska razdoblja. Želimo napomenuti i to da naša razmatranja načela zaštite legitimnih očekivanja neće obuhvatiti detaljniju razradu instituta **jamstva stjecanja prava i obavješćivanja o uvjetima ostvarivanja i zaštite prava** kao niti pitanja primjene navedenog načela na izvanredna pravna sredstva normirana ZUP-om jer smo navedenu problematiku već podrobnije analizirali u jednom ranijem radu.⁴

U nastavku rada, tako ćemo navest ćemo osnovne značajke i povijesni razvoj načela pravomoćnosti i zaštite legitimnih očekivanja te analizirati neke od pozitivno-pravnih značajki navedenih načela.

- 2 U praksi Europskog suda pravde zaštita stečenih prava ulazi u sadržaj načela pravne sigurnosti kao općeg načela prava kojemu sud pruža zaštitu. V. o navedenom više u: Medvedović, Dragan, *Bitne razlike novog Zakona o općem upravnom postupku prema prijašnjem Zakonu o općem upravnom postupku*, u: Primjena Zakona o općem upravnom postupku, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 30. O načelu pravne sigurnosti v. u: Hartley, Trevor C., *Temelji prava Europske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004., str. 146. Za razliku od načela zaštite legitimnih očekivanja stranaka koje se primjenjuje u njemačkoj doktrini, zaštita stečenih prava razvijena je, primjerice, u Francuskoj (*droits acquis*) i u Italiji (*diritti quesiti*). Schwarze napominje da je teško povući jasnu razliku između koncepta stečenih prava i zaštite legitimnih očekivanja stranaka. Činjenica da su oba načela s jednakom važnošću priznata u praksi Europskog suda pravde više odražava njegovo poštovanje različitosti pravnih sustava i tradicija država članica Europske unije, nego stajalište da su to dva potpuno odvojena koncepta. V. Schwarze, J., *European Administrative Law*, Office for Official Publications of the European Communities, Sweet and Maxwell, London, 2006., str. 874., 917. i 954.
- 3 U literaturi vezanoj uz europsko upravno pravo, zaštita stečenih prava i legitimnih očekivanja stranaka u pravilu se razmatra zajedno. V. Schwarze, op. cit. (bilj. 2), str. 867.-1172; Hartley, op. cit. (bilj. 2), str. 146.-151., Schönberg, Søren, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, New York, 2000.
- 4 V. Šikić, Marko, Ofak, Lana, *Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1(2011). Potrebno je naglasiti i kako su neki dijelovi našeg rada nastavak i razrada istraživanja započetih u radu: Šikić, Marko, *Pravomoćnost, konačnost i izvršnost u upravnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1(2012), str. 205.-220.

II. PRAVOMOĆNOST U HRVATSKOM UPRAVNOM POSTUPKU

Institut pravomoćnosti korijene nalazi još u rimskom pravu. Razvojem prava i pravne misli institut pravomoćnosti, kao vrlo složen i zanimljiv institut, bio je objekt promatranja brojnih, u prvom redu, građansko pravnih teoretičara te je prvenstveno promatran kao institut građanskog procesnog prava.⁵

U pravnoj se teoriji ističe kako je zadaća instituta pravomoćnosti doprinositi jednom od osnovnih ciljeva prava uopće, što bržem i što jasnijem utvrđenju sigurnih i reguliranih odnosa. Naime, pravo ne želi nesigurnost, odugovlačenje, nejasnost i neutvrđenost odnosa već, upravo suprotno, red, a time i poredak. Već sama etimologija riječi poredak govori da se odnosi među ljudima odvijaju „po-redu“ ili „u-redu“, i to po onom redu kojeg određuje pravo.⁶

Nadalje, u sklopu razmatranje reda kojega pravo želi postići, pitanje pravomoćnosti promatra se u kauzalnom lancu učinkovitosti i djelotvornosti pravnog akta pri čemu se zapažaju sljedeće povezane etape: pravomoćnost, izvršnost i materijalne radnje. Ističe se kako, u pravilu, pravomoćnost nastaje prije izvršnosti i materijalnih radnji.⁷

Unutar ranije naznačenih vremenskih etapa pravomoćnost pravnog akta smatra se takvim njegovim stanjem kada on, u relativnom smislu, postaje pravno definitivna pa ga se ne može staviti izvan snage redovnim pravnim lijekom. Ističe se kako još veći stupanj pravomoćnosti nastupa kad su se protiv pravnog akta upotrijebila i izvanredna pravna sredstva te se, nakon njihovog iskorištavanja, utvrdi njegova „osnažena pravomoćnost“.⁸

Kao najredovitije i osnovne posljedice pravomoćnosti pravna teorija navodi:

- 1) da se po pravomoćnosti otvara daljnji proces koji se sastoji u ostvarivanju one odluke nadležnog tijela koja je donesena u pravomoćnom aktu – po pravomoćnosti, dakle, slijedi izvršenje ili obavljanje nekih materijalnih radnji,
- 2) da takvom pravomoćnosti stupa na snagu načelo *ne bis in idem*, tj. da pravo ne dopušta, kad je već donijelo konačnu i neopozivu odluku, nikakvo dvostruko ili ponovljeno raspravljanje, presuđivanje ili rješavanje već presuđene stvari. Ističe se kako bi postupanje suprotno navedenom načelu dovodilo do pravne nesigurnosti te
- 3) da iz činjenice pravomoćnosti proizlazi i drugo važno pravno načelo *res iudicata*, što označuje pravno definitivnu i neopozivu odluku u nekoj stvari. Navedeno se načelo nastavlja na ranije naznačeno načelo *ne bis in idem* jer određuje da u situacijama kad je ista stvar nadležno i pravomoćno već „presuđena“ takva stvar ne može biti objekt drugog postupka sa svim istim elementima. Načelo *res iudicata*, međutim, donosi i jedan daljnji zahtjev: *res*

5 O razvoju građansko-pravnih teorija o pravomoćnosti, v. Dika, Mihajlo, *O biti i granicama pravomoćnosti I – povijesno-komparativna impostacija instituta*, Pravni fakultet Zagreb i Sveučilišna naknada, Zagreb, 1992.

6 V. Perić, Berislav, *Struktura prava*, Informator, Zagreb, 1994., str. 116. i 117.

7 V. ibid.

8 V. ibid., str. 114.

iudicata pro veritate habetur što znači da se ono što je u pravomoćnom aktu navedeno valja uzimati kao istinito. Ovdje pravo uvodi jednu pretpostavku da bi zadovoljilo svoju ambiciju za postizanjem, tzv. materijalne istine u svojim postupcima.⁹

Teorija također upozorava kako je pojam pravomoćnosti u neskladu s načelom istinitosti i pravednosti jer pravomoćnost odluke onemogućuje istraživanje novih činjenica i raspravu o meritumu odluke. Međutim, ističe se, institutom pravomoćnosti postiže se jačanje pravne sigurnosti što je bitno za pojedince i cjelokupni sustav prava. Naime, ako bi se neki pravni akt mogao stalno dovoditi u pitanje, pravo bi izgubilo svoju obvezatnu snagu. Osim toga pojedinci, najčešće stranke u postupku, ne bi mogli pouzdano znati je li im neko pravo zaista priznato i kada će ga ostvariti.¹⁰

Također, naglašava se i kako se pojam pravomoćnosti shvaća donekle različito u pojedinim granama prava (građanski i upravni postupak), te da se pravomoćnost promatra i kao procesno obilježje i kao svojstvo samog akta. Zbog toga se razlikuje formalna od materijalne pravomoćnosti. Formalna pravomoćnost znači: 1) da se neka stvar (predmet spora) smatra odlučenom, presuđenom (*res iudicata*) te 2) da se o tom predmetu ne može ponovno raspravljati ni ulaganjem redovnih pravnih lijekova ni novom tužbom. Nemogućnošću pokretanja novog postupka izražava se i načelo ekonomičnosti i načelo pravne sigurnosti. Materijalna pravomoćnost, za razliku od formalne, koja je zapravo procesna, negativna¹¹ jer zabranjuje pokretanje novog postupka, odnosi se na svojstvo samog akta. Materijalna pravomoćnost znači da je pravomoćan onaj akt koji može: 1) postati izvršnim, tj. ima obveznu snagu u smislu prava, 2) sadrži konstataciju o nekom pravu ili odnosu koja se smatra istinitom, 3) pravno obvezuje stranke u postupku (*res iudicata facit inter partes*) te 4) obvezuje isti ili drugi sud, odnosno javnopravno tijelo.¹²

Tijekom razvoja i osamostaljenja upravnog prava kao posebne pravne grane ideja o pravomoćnosti upravnih akata predstavljala je svojevrsnu borbu protiv samovoljnih poništavanja upravnih akata tadašnjih apsolutnih monarhija. Pionirsku ulogu, a i velik utjecaj na kasniji razvoj ideje pravomoćnosti upravnih akata, imali su austrijski pravni teoretičari (Bernatzik, Tezner i Merkl). Pitanje pravomoćnosti upravnih akata tijekom vremena je postala jedno od najzamršenijih i najspornijih pitanja upravnog prava (zamršenije i spornije čak i od pitanja pravomoćnosti u građanskom pravu). Spornosti i zamršenosti koncepcije pravomoćnosti upravnog akta pridonosila je razlika između upravnih akata i sudskih presuda, tj. nepobitna činjenica da se kod upravnih akata ne može govoriti o nepromjenjivosti kakvu posjeduju sudske presude jer se često javlja

9 V. *ibid.*, str. 115. i 116.

10 V. Vrban, Duško, *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb, 2003., str. 341.

11 Smatra se kako je negativnu i pozitivnu prirodu pravomoćnosti u prvoj polovici XIX. stoljeća prvi razradio njemački teoretičar Keller. On je ispitujući primjenu prigovora *rei iudicatae* individualizirao dvije funkcije tog prigovora, označivši ih kao pozitivnu i negativnu. Negativnu funkciju imao je prigovor koji se pozivao na samo izricanje presudi imao je za cilj spriječiti novo suđenje *de eadem actio*. Pozitivna funkcija prigovora bila je ona koja se pozivala na sadržaj presude i koja je imala za cilj spriječiti donošenje različite odluke. V. o navedenom u: Dika, op. cit. (bilj. 5), str. 43.

12 V. *ibid.*, str. 341. i 342.

potreba usklađivanja upravnih akata s javnim interesom. No, pitanje pravomoćnosti dodatno je zamršeno i brojnim i oprečnim teoretskim koncepcijama¹³ kojima se često negirala mogućnost da upravni akti steknu svojstvo pravomoćnosti. Međutim, u hrvatskoj se teoriji vrlo rano počelo ukazivati na austrijsku upravno-pravnu znanost koja je upravnim aktima priznavala snagu i mogućnost stjecanja pravomoćnosti.¹⁴

Danas se u hrvatskoj upravno-pravnoj teoriji ističe kako se pravomoćnost svodi na nedopustivost odlučivanja o jednoj stvari koja je konačno riješena i na neizmjenjivost akta kojom je o toj stvari odlučeno. Navodi se kako nedopustivost odlučivanja znači zabranu da stranka postavlja zahtjev za ponovno odlučivanje o stvari koja je konačno riješena kao i zabranu donositelju akta (ili nekom drugom) da o takvoj stvari ponovno odlučuje. Pod nepromjenjivosti akta shvaća se takvo njegovo stanje kada se on ne može poništiti, ukinuti ili izmijeniti kad je o stvari već konačno odlučeno. Pod istim uvjetima, navodi se, takva stvar ne može biti predmet ponovnog rješavanja (identitet stvari – *eadem res*) među istim strankama (identitet osoba – *inter easdem personas*).¹⁵

Također se ističe kako institut pravomoćnosti u upravnom pravu ima izuzetnu praktičnu važnost te da se poštovanjem načela pravomoćnosti ostvaruje i načelo zakonitosti.¹⁶

Upravno-pravna teorija razlikuje objekt te subjekte pravomoćnosti. Pod objektom pravomoćnosti podrazumijeva se upravni akt, i to samo njegov najvažniji dio – izreka (dispozitiv). Kao subjekte pravomoćnosti (tj. osobe na koje se pravomoćnost proteže) prepoznaje se u prvom redu donositelja upravnog akta (javnopravno tijelo koje je nadležno za odlučivanje u određenoj upravnoj stvari) te stranke u postupku u kojem se odlučuje o stvari.¹⁷

U pogledu pojedinih vrsta pravomoćnosti hrvatska upravno-pravna teorija danas razlikuje formalnu i materijalnu pravomoćnost, subjektivnu i objektivnu pravomoćnost te apsolutnu i relativnu pravomoćnost.¹⁸

Podjela pravomoćnosti na formalnu i materijalnu polazi od kriterija subjekata prema kojima upravni akt proizvodi svoje djelovanje. Formalna pravomoćnost tako djeluje prema strankama tako da im onemogućava pobijanje upravnih akata koji su postali pravomoćni redovnim pravnim sredstvima. Materijalna pravomoćnost, pak, djeluje prema donositelju akta na način da mu onemogućava opozivanje, odnosno mijenjanje ili stavljanje izvan snage upravnih akata kojima je upravna stvar riješena. Važnost je materijalne pravomoćnosti u tomu što veže donositelja upravnog akta na

13 „Pitanje samo sobom ni ne bi bilo tako zamršeno, da ga nije sama teorija zaplela u pravi gordijski čvor.“ Krbek, Ivo, *Pravosnažnost (pravomoćnost) upravnog akta*, Naša zakonitost, 1-2(1957), str. 4. O brojnim teorijama pravomoćnosti upravnog akta, v. također i u: Krbek, Ivo, *Upravni akt*, Hrestomatija upravnog prava, priredio: Dragan Medvedović, Savremena javna uprava, Zagreb, 2003., str. 87.-142., Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava*, Pravni fakultet, Zagreb, 1983., str. 274.-290. i Dimitrijević, Pavle, *Pravosnažnost upravnih akata*, Savremena administracija, Beograd, 1963.

14 V. Krbek, Ivo, *Stranka u upravnom postupku*, Jugoslovenska štampa, Zagreb, 1928., str. 83.-93.

15 V. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 385.

16 V. *ibid.*, str. 386.

17 V. *ibid.*, str. 390. i 391.

18 V. *ibid.*

odluku u samom tom aktu, te ga obvezuje na uvažavanje načina na koji je upravnim aktom riješeno o pravima i obvezama stranaka u upravno-pravnom odnosu.¹⁹

Objektivna i subjektivna pravomoćnost nastoje posebno zaštititi prava i interese same stranke. Objektivna pravomoćnost, tako, onemogućava rješavanje o stvari o kojoj je već odlučeno i to, u pravilu, bez obzira na način na koji je odlučeno. Prema tomu razlozi zabrane ponovnog odlučivanja objektivne su prirode.²⁰ Subjektivna pravomoćnost, pak, zabranjuje intervencije u akt i ponovno odlučivanje o stvari ako bi se time diralo u stečena prava stranaka. Subjektivna pravomoćnost, prema tomu, obuhvaća samo određenu kategoriju upravnih akata – one kojima je stranka stekla neko pravo. Nasuprot tomu, subjektivna pravomoćnost ne brani diranje u upravne akte kojima stranka nije stekla nikakvo pravo, kao i u akte koji su za stranku obvezujući, odnosno akte koji se ne odnose na prava. Također, subjektivna pravomoćnost ne brani intervencije u upravne akte ako bi se takvim intervencijama išlo u korist stranke na način da bi takvim aktima stanke nakon interveniranja stekle veća prava nego što su ih imala dotad.²¹

Konačno, podjela pravomoćnosti na apsolutnu i relativnu (za koju se opravdano ističe kako ima samo manje teoretsko značenje) polazi od pojmova procesne ekonomičnosti i pravne sigurnosti. Stoga ako je svrha pravomoćnosti isključivo u procesnoj ekonomičnosti tada govorimo o apsolutnoj pravomoćnosti, a ako se pravomoćnošću nastoji zaštititi pravne interese stranaka tada je riječ o relativnoj pravomoćnosti.²²

Kao što smo ranije i naglasili, za razvoj postupovnog shvaćanja pravomoćnosti izuzetno je značajno što su u hrvatskom pravu vrlo rano prevagnule za samostalnu pravomoćnost upravnih akata afirmativne teorije prihvaćene i u odredbama austrijskoga Zakona o općem upravnom postupku.²³ Naime, tadašnji zakonodavac

19 V. *ibid.*, str. 387. Određeno presijecanje teorijskog gordijskog čvora vezanog uz materijalnu pravomoćnost i čvrsto opredjeljenje za materijalnu pravomoćnost kao vezanosti donositelja za akt koji je izdao (a ne kao unutarnje svojstvo akta), v. u: Ivančević, op. cit. (bilj. 13), str. 279. i 280.

20 Isticanje da je smisao objektivne pravomoćnosti primarno u društvenom interesu da se neopozivošću upravnog akta sprječava upravu ponavljanjem postupaka prouzrokovati prevelike troškove, tj. da je smisao koncepcije objektivne pravomoćnosti ekonomske prirode v. u: *ibid.*, str. 280. i 281.

21 V. Borković, op. cit. (bilj. 15), str. 388. Ivančević, pak, ističe, što i potkrepljuje razvojem hrvatskoga pozitivno-pravnog uređenja načela pravomoćnosti, kako je shvaćanje da subjektivna pravomoćnost zaštićuje jedino stečena prava promašeno. Navodi kako nema nikakve logike da se pravomoćnošću daje samo ograničeno zaštita subjektivnom pravu, a ne i obvezi, jer stranka može itekako imati razloge da se u obveze ne dira, pogotovo kada se radi o pravnom odnosu nezvjesnog trajanja, jer gubi osjećaj pravne sigurnosti. U pogledu koncepcije objektivne pravomoćnosti navodi kako u tekstu ondašnjeg ZUP-a nema nikakvog traga takvoj vrsti pravomoćnosti, jer ZUP posljedično razvija načelo subjektivne pravomoćnosti. Ekonomičnost je načelo, razvija misao dalje, koji u duhu ZUP-a zaštićuje stranku a ne upravu. Ističe, kao najvažnije, da subjektivna i objektivna pravomoćnost nikako ne mogu teći uspredno te da u navedenoj okolnosti leži politička težina odluke zakonodavca, hoće li prednost dati čovjeku ili administraciji. V. *ibid.*, str. 281.

22 V. Borković, op. cit. (bilj. 15), str. 388.

23 Austrijsko je pravo prvo u svijetu kodificiralo upravni postupak kada je 21. srpnja 1925. donijelo

prihvatio je koncepciju pravomoćnosti upravnih akata Zakonom o općem upravnom postupku iz 1930.²⁴ (u nastavku rada: ZUP-1930) te je odredio kako se pravomoćne odluke kojima su stranke stekle određena prava mogu ukinuti ili izmijeniti samo uz opće zakonske uvjete i samo uz pristanak stranaka koje su stekle prava. Zakon je uređivao i pravna sredstva kojima se moglo intervenirati u pravomoćne odluke.²⁵

Zakonom o općem upravnom postupku iz 1956.²⁶ (u nastavku rada: ZUP-1956) pravomoćnost je uređena u sklopu osnovnih zakonskih načela²⁷ te su također predviđena i izvanredna pravna sredstva kojima su se mogli osporavati pravomoćni akti. Jedino važnije odstupanje od koncepcije pravomoćnosti utvrđene ZUP-om-1956 učinjeno je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o općem upravnom postupku iz 1977.,²⁸ kojim je koncepcija subjektivne pravomoćnosti koja se zasnivala isključivo na zaštitu strankinih prava nadopunjena i zaštitom strankinih obveza.²⁹ Navedenu je koncepciju preuzela i Republika Hrvatska Zakonom o preuzimanju Zakona o općem upravnom postupku u Republici Hrvatskoj³⁰ (u nastavku rada: ZUP-1991).

ZUP, kao prvi zakon kojim je Hrvatska kao samostalna država uredila materiju općeg upravnog postupka, također je nastavio tradiciju normativnog uređenja

tri zakona o upravnom postupku te četvrti uvodni zakon. Bili su to Uvodni zakon za zakone o upravnom postupku, Zakon o općem upravnom postupku, Zakon o općim odredbama upravno-kaznenog prava i upravno-kaznenog postupka te Zakon o upravnom izvršenju. V. o navedenome u: Medvedović, Dragan, *Pravno uređeni upravni postupci – pretpostavka moderne uprave*, u: Modernizacija hrvatske uprave, priredio: Ivan Koprić, Društveno veleučilište, Zagreb, 2003., str. 382. i Derđa, Dario, *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010., str. 14. i 15.

24 Službene novine “od 25. XI. 1930. br. 271. Navedeni je zakon pitanje pravomoćnosti upravnog akta uređivao ponešto skrovito u svojem 5. dijelu, 3. glavi pod naslovom „Posebni slučajevi ukidanja i mijenjanja odluke,„

25 V. o pravomoćnosti upravnog akta prema Zakonu o općem upravnom postupku iz 1930. opširno u: Krbek, Ivo, *Zakon o općem upravnom postupku*, Naklada jugoslav. nakladnog zavoda „Obnova“, Zagreb, 1931., str. 170.-180.

26 Službeni list FNRJ, br. 52. od 19. prosinca 1956.

27 Čl. 11. navedenog zakona pod naslovom „Pravomoćnost rješenja“ određivao je: „Rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor (pravomoćno rješenje), a kojim je neka osoba stekla određena prava, može se poništiti ukinuti ili izmijeniti samo u slučajevima koji su zakonom predviđeni.“

28 Službeni list SFRJ br. 4/77.

29 Naime, u čl. 11. riječi „neka osoba stekla“ zamijenjene su riječima „stranka stekla“, a iza riječi „prava“ dodane su riječi „odnosno kojima su stranci određene neke obveze.“ O koncepciji subjektivne pravomoćnosti kojom se zaštićuju i prava i obveze stranaka, v. supra u bilj. 21.

30 NN 53/91. Zakonom o preuzimanju Zakona o općem upravnom postupku u Republici Hrvatskoj izričekom je preuzet Zakon o općem upravnom postupku u pročišćenom tekstu objavljenom u Službenom listu SFRJ br. 47/86, ali s nizom izmjena i dopuna. Jedina naknadna izmjena učinjena u tekstu preuzetog Zakona o općem upravnom postupku učinjena je 1996. godine kada je Ustavni sud Republike Hrvatske ukinuo određene odredbe čl. 209. zbog toga što je njihov sadržaj protivan Ustavu Republike Hrvatske. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske objavljena ju u „Narodnim novinama br. 103. od 6. prosinca 1996. Čl. 12. preuzetog Zakona o općem upravnom postupku pod naslovom „Pravomoćnost rješenja“ određivao je: „Rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor (pravomoćno rješenje), a kojim je stranka stekla određena prava, odnosno kojim su stranci određene neke obveze, može se poništiti, ukinuti ili izmijeniti samo u slučajevima koji su zakonom predviđeni.“

pravomoćnosti započetu još 1930. Čl. 13. ZUP-a pod naslovom „Načelo zaštite stečenih prava stranaka“, naime, određuje:

„Odluka javnopravnog tijela protiv koje se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor (pravomoćna odluka), a kojom je stranka stekla određeno pravo odnosno kojom su stranci određene neke obveze, može se poništiti, ukinuti, ili izmijeniti samo u slučajevima propisanim zakonom.“

ZUP, također, predviđa i izvanredna pravna sredstva kojima se mogu osporavati pravomoćni akti - obnova postupka³¹, poništavanje i ukidanje nezakonitog rješenja³² te ukidanje zakonitog rješenja kojim je stranka stekla neko pravo.^{33 34}

Iako je odredba čl. 13. ZUP-a gotovo istovjetna odredbi čl. 12. ZUP-a-1991 kojom je bila uređena materija pravomoćnosti, hrvatski je zakonodavac ipak učinio jednu važniju izmjenu. Naslovivši čl. 13. ZUP-a „Načelo zaštite stečenih prava stranaka“ istaknuo je kako se pravomoćnost treba promatra u sklopu načela zaštite stečenih prava stranaka – načela koje u praksi Europskog suda pravde ulazi u sadržaj načela pravne sigurnosti kao općeg načela prava kojemu sud pruža zaštitu.³⁵ Smatramo, slijedom navedenog, kako ZUP i koncepciji pravomoćnosti priznaje snagu temeljnog načela, što, barem izriječkom, nisu činili raniji zakoni kojima je uređivan opći upravni postupak.

Mislimo, nadalje, kako se proklamiranjem pravomoćnosti odluke kao načela zaštite stečenih prava stranaka pojašnjava i bit upravno-postupovnog pojma pravomoćnosti, a to je neopozivost odluke javnopravnog tijela, odnosno dopustivost opoziva samo u slučajevima propisanim zakonom. Naime, u upravnim postupcima koji su uglavnom jednostranački te se mogu pokrenuti i po službenoj dužnosti, nije najvažnije spriječiti stranku da inicira ponavljanje postupka o istom predmetu (*ne bis in idem*), već ju zaštititi od opozivanja akta javnopravnog tijela koji ga je donio (*res iudicata*).³⁶ U tomu leži smisao pravomoćnosti koja se očituje i u nazivu načela zaštite stečenih prava stranaka čime se nastoji istaknuti da su javnopravna tijela u opozivanju svojih akata ograničena time da ne smiju vrijeđati stečena prava.³⁷

Također je potrebno istaknuti kako je institut pravomoćnosti u Republici Hrvatskoj čvrsto vezan uz upravno-sudsku zaštitu. Navedena je zaštita jedan od temelja modernih pravnih država jer se sudskom kontrolom nad radom uprave štite i subjektivna prava građana tako i objektivna zakonitost. Naime, upravno-sudska zaštita temelji se na ideji o diobi vlasti gdje jedna vlast (sudska) nadzire drugu (upravnu). Time se postiže da uprava prestaje biti sudac u vlastitoj stvari čime se u bitnom

31 V. čl. 123.-127. ZUP-a.

32 V. čl. 129. ZUP-a.

33 V. čl. 130. ZUP-a.

34 Ništavi akti načelno ne proizvode pravne učinke niti mogu stjecati svojstvo pravomoćnosti. V. Borković, op. cit. (bilj. 15), str. 389.

35 V. Medvedović, op. cit. (bilj. 2), str. 30. O načelu pravne sigurnosti v. Hartley, op. cit. (bilj. 2), str. 146. Kritiku pojma „stečena prava“ v. u: Dimitrijević, op. cit. (bilj. 13), str.

36 V. o navedenom više u: Krbeč, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave*, III knjiga, Birotehnički izdavački zavod, Zagreb, 1962., str. 38.

37 V. Ofak, Lana, *Načelo zaštite stečenih prava stranaka*, Informator, br. 5861 (2010) i Šikić, Ofak, op. cit. (bilj. 4), str. 138. i 139.

onemogućavaju nezakonitosti koje bi uprava mogla činiti da nema sudskog nadzora.³⁸

Slijedom ranije navedenoga smatramo kako je ZUP-om nastavljena tradicija normativnog uređenja pravomoćnosti koja je po svojoj prirodi subjektivna (jer štiti prava ali i obveze stranke), formalna (jer djeluje prema strankama na način da im onemogućava pobijanje upravnih akata koji su postali pravomoćni redovnim pravnim sredstvima) te materijalna (jer se očituje u vezanosti javnopravnog tijela za akt koji je donio). Nadalje, nastavljen je i sustav uređenja različitih pravnih lijekova kojima se institut pravomoćnosti „ublažava“ jer se u određenim situacijama omogućava intervencija i u pravomoćne akte. Također, institut pravomoćnosti i dalje je u čvrstoj vezi s upravno-sudskom zaštitom.

Smatramo kako ZUP poznaje pojam svih navedenih oblika pravomoćnosti (subjektivne, formalne i materijalne) bez obzira na činjenicu da su izvan dosega pravomoćnosti negativni akti – dakle akti kojima su zahtjevi stranke odbačeni ili odbijeni, te akti kojima se nije odlučivalo o pravima ili obvezama.³⁹ Mislimo da u navedenim situacijama stranke ponovno mogu uspješno pokrenuti postupke samo ako naknadno ispune određene uvjete propisane materijalno-pravnim zakonom.⁴⁰ U svim ostalim situacijama javnopravnim tijelima je na raspolaganju čl. 41. st. 2. ZUP-a.⁴¹

Određene nejasnoće u pitanju pravomoćnosti mogu proizlaziti iz činjenice da čl. 13. ZUP-a kojim se proklamira načelo zaštite prava određuje kako svojstvo pravomoćnosti može steći „odluka javnopravnog tijela protiv koje se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor“. Pitanje koje proizlazi iz navedenog uređenja jest sljedeće: Mogu li svojstvo pravomoćnosti steći sve „odluke“ koje se donose u upravnom postupku, dakle i rješenja i zaključci, ali i nagodbe i upravni ugovori, ili to svojstvo mogu steći samo rješenja?

U pogledu nagodbi i upravnih ugovora odgovor na postavljeno pitanje vrlo je jasan i nagodbe i upravni ugovori su po svojoj pravnoj prirodi ugovori,⁴² pa se na njih ne može odnositi institut pravomoćnosti.

Odgovarajući na pitanje mogućnosti da i zaključci steknu svojstvo pravomoćnosti potrebno je najprije istaknuti kako je ZUP-om raniji, složeniji, sustav koji je razlikovao rješenja – kojima se konačno odlučivalo o meritumu upravne stvari i zaključke – kojima se određivalo isključivo o postupovnim pitanjima i pitanjima koja se kao sporedna pojave u vezi s vođenjem upravnog postupka (a koje se, pak, zaključke u nekim situacijama moglo izravno osporavati žalbama, u nekima situacijama samo žalbama protiv konačnih rješenja, dok je u trećim situacijama žalba protiv zaključaka bila izričito isključena), zamijenjen novim, jednostavnijim sustavom. ZUP je, naime, takvim novim sustavom i dalje zadržao rješenja i zaključke kao osnovne vrste upravnih

38 Stoga i Ustav Republike Hrvatske (NN 56/90., 135/97., 113/00., 76/10) u čl. 19. st. 2. jamči sudsku kontrolu zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koje imaju javne ovlasti.

39 V. Medvedović, op. cit. (bilj. 2), str. 30., Đerđa, op. cit. (bilj. 23) i Krijan, Pero, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2004., str. 39-40.

40 V. o navedenom više u: Bogdanović, Tamara, *Prvostupanjski upravni spor kao spor pune jurisdikcije u sudskoj praksi*, Pravo i porezi, 6(2013), str. 30.

41 „(2) Kad službena osoba utvrdi da ne postoje zakonske pretpostavke za pokretanje postupka, rješenjem će odbaciti zahtjev.“ (čl. 41. st. 2. ZUP-a).

42 V. o navedenom više u: Đerđa, op. cit. (bilj. 23), str. 233. i 327.-338.

akata koji se donose u upravnom postupku. No, njihovo razlikovanje ne počiva više toliko čvrsto na tomu odlučuje li se pojedinim aktom o upravnoj stvari (rješenje) ili o pitanjima postupka (zaključak). Naime, čl. 77. st. 1. ZUP-a određuje kako se zaključkom odlučuje o postupovnim pitanjima ako samim ZUP-om nije propisano da se o postupovnim pitanjima odlučuje rješenjima. Prema tomu o određenim se postupovnim pitanjima može odlučiti i rješenjem. To su, zapravo, sve one postupovne odluke protiv kojih je zakonodavac želio izravno osigurati mogućnost izjavljivanja žalbe, odnosno pokretanje upravnog spora. Ostale postupovne odluke, dakle one koje se ne mogu izravno osporavati, ZUP naziva zaključcima i oni se mogu pobijati žalbom protiv rješenja o upravnoj stvari (v. čl. 77. st. 5. ZUP-a).

Slijedom navedenog smatramo kako zaključci u upravnom postupku nemaju samostalnu prirodu već su izravno vezani uz rješenje kojim se odlučuje o upravnoj stvari. S obzirom na to mislimo kako se ne može govoriti niti o samostalnoj pravomoćnosti zaključaka, već samo o tomu da oni takvo svojstvo stječu tek posredno – kada bude doneseno rješenje o upravnoj stvari. Prema tomu, naše je stajalište da pod odlukom u smislu čl. 13. ZUP-a treba podrazumijevati samo rješenja – dakle i ona kojima se rješava o meritumu upravne stvari i ona kojima se odlučuje o postupovnim pitanjima.⁴³

Na ova se naša razmišljanja nadovezuje i pitanje: Koje sve dijelove upravnog akta – rješenja pravomoćnost pokriva? Opće je prihvaćeno stajalište da pravomoćnost pokriva jedino izreku (dispozitiv) rješenja.⁴⁴ Navedeno stajalište svakako je logično te pridonosi učinkovitosti i jasnoći sustava pravomoćnosti. Izrekom se, naime, rješava o upravnoj stvari te je zadaća službenih osoba jasno i nedvosmisleno riješiti upravnu stvar upravu u izreci. No, nužno je naglasiti i nepobitnu vezanost obrazloženja rješenja uz izreku.⁴⁵ Naime, bit obrazloženja je u obrazlaganju činjeničnih i pravnih pitanja koja su dovela do rješenja upravne stvari, a njegova je osnovna svrha omogućavanje ispravnog tumačenju izreke.⁴⁶ Stoga smatramo kako i u procjenjivanju dosega pravomoćnosti upravnog akta ne treba mehanički odvajati izreku od obrazloženja nego je i tom prilikom potrebno navedene dijelove rješenja promatrati kao svojevrsnu cjelinu. Pravomoćnost upravnog akta odnosi se samo na izreku, ali nam u njezinom razumijevanju (pa i opsega pravomoćnosti) veliku pomoć pruža upravo obrazloženje

Kako smo u uvodu rada i naglasili koncepcija pravomoćnosti upravnog akta ZUP-

43 Stajalište suprotno našem, prema kojemu i zaključci u upravnom postupku mogu samostalno steći svojstvo pravomoćnosti v. u: Turčić, Zlatan, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku, s prilogima, sudskom praksom i abecednim kazalom pojmova, Zakoni o upravnim sporovima, s prilogima i abecednim kazalima pojmova*, Organizator, Zagreb, 2012., str. 47. O potrebi različitog tretiranja zaključaka, s obzirom na tada važeći tekst Zakona o općem upravnom postupku, protiv kojih je žalba moguća i onih prov kojih je žalba dopuštena tek posredno tj. isticanje da potonji zaključci dijele sudbinu rješenja v. u Ivančević, op. cit. (bilj. 13), str. 290. Isticanje kako se pravomoćnost, u pravilu, ne odnosi na pojedine zaključke o pitanjima koja se tiču postupka, v. u Borković, op. cit. (bilj. 15), str. 390.

44 V., tako, Borković, op. cit. (bilj. 15), str. 390., Ivančević, op. cit. (bilj. 13), str. 289., Turčić, op. cit. (bilj. 43), str. 47. i Đerđa, op. cit. (bilj. 23), str. 59.

45 V. čl. 98. st. 5. i čl. 117. st. 3. ZUP-a.

46 V. Borković, op. cit. (bilj. 15), str. 455. V. i Šprajc, Ivan, O važnosti sadržaja i forme upravnog akta – Primjer iz upravnopravne prakse, *Suvremeno poduzetništvo*, 3(2004), str. 151.-152.

om osnažena je i unaprijeđena institutima jamstva stjecanja prava i obavješćivanja stranaka o uvjetima ostvarivanja i zaštite prava, dakle institutima kojima je razrađeno načelo zaštite legitimnih očekivanja.

No, također smo i naglasili kako je nepotrebno iz zakonskoga teksta izbačeno načelo konačnosti, čime je propuštena prilika normiranja cjelovitog općeg sustava zaštite pravne sigurnosti stranaka u različitim etapama upravnog postupka.

S obzirom na to da smo o načelu konačnosti ranije već opširnije pisali⁴⁷ ovom bismo prigodom samo željeli napomenuti kako se pojmom „konačnost“ vrlo jednostavno normirala potreba za označavanjem onoga procesnog trenutka u kojem se nalazi upravni akt kada protiv njega više nije moguće uložiti žalbu. S obzirom na činjenicu da je hrvatski opći upravni postupak i dalje koncipiran na način da je takav trenutak potrebno naznačiti zakonodavac to ZUP-om i dalje čini. No to čini nepotrebno i zbunjujuće s dvije različite sintagme: „rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba“⁴⁸ i „i nakon isteka roka za žalbu“⁴⁹. Problem je dodatno usložen izjednačavanjem pojmova „konačnost“ i „izvršnost“ u brojnim posebnim zakonima kojima se uređuje upravni postupak. Stoga bismo još jednom željeli naglasiti kako mislimo da ne postoje zapreke da se pojam i izraz „konačnost“ i dalje upotrebljavaju i u upravno-pravnoj teoriji i u zakonodavstvu i praksi.

III. ZAŠTITA LEGITIMNIH OČEKIVANJA U HRVATSKOM UPRAVNOM POSTUPKU

ZUP načelo zaštite stečenih prava stranaka upotpunjuje i primjenom načela zaštite legitimnih očekivanja stranke u pojedinim institutima upravnog postupka koji su prvi put uvedeni ZUP-om – jamstvu stjecanja prava i obavješćivanju o uvjetima ostvarivanja i zaštite prava.⁵⁰ U praksi Europskog suda pravde zaštita stečenih prava ulazi u sadržaj načela pravne sigurnosti kao općega načela prava kojemu sud pruža zaštitu.⁵¹ Načelo zaštite legitimnih očekivanja usko je povezano s načelom zaštite stečenih prava te također predstavlja jedan od aspekata načela pravne sigurnosti. U pravnoj se teoriji ističe kako je teško povući jasnu razliku između koncepta stečenih prava i zaštite legitimnih očekivanja stranaka.⁵²

ZUP izrijekom načelo zaštite legitimnih očekivanja stranaka ne utemeljuje kao jedno od načela upravnog postupka, međutim postojanje toga načela u hrvatskom pravnom poretku potvrdio je Ustavni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci br. U-IIIIB/4366/2005 od 5. travnja 2006.⁵³ Budući da se u toj odluci Ustavni sud

47 V. Šikić, op. cit. (bilj. 4).

48 V. čl. 123. st. 1. ZUP-a.

49 V. čl. 129. st. 1. ZUP-a.

50 V. o navedenom opširnije u: Šikić, Ofak, op. cit. (bilj. 4), str. 147.-150.

51 O načelu pravne sigurnosti v. Hartley, op. cit. (bilj 2), str. 146.

52 V. Schwarze, op. cit. (bilj. 2), str. 886. O navedenom v. također i: Šikić, Ofak, op. cit. (bilj. 4), str. 137.-138.

53 „Najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske su vladavina prava i poštivanje prava čovjeka. One su temelj za tumačenje Ustava. Obveza poštivanja navedenih ustavnih vrednota nužno dovodi i do obveze tumačenja mjerodavnih zakona i drugih propisa u skladu s dva

Republike Hrvatske odlučivao o ustavnoj tužbi podnijetoj protiv rješenja Ministarstva zaštite okoliša, prostornog uređenja i graditeljstva donesenog u upravnom postupku, time je načelo zaštite legitimnih očekivanja stranaka izričito ustanovljeno kao jedno od načela koje se mora poštovati u okviru upravnog postupka, neovisno o tomu što se izrijekom ne jamči u ZUP-u.⁵⁴

Razmatrajući pitanje legitimnih očekivanja u svojoj knjizi o navedenoj problematici Schønberg pojmove razumna očekivanja i legitimna očekivanja definira sljedeće načina: „Očekivanje je razumno ako bi se razumna osoba koja postupava s pažnjom držala takvog očekivanja u odgovarajućim okolnostima. Očekivanje je legitimno ako mu pravni sustav priznaje razumnost te mu pripisuje postupovne, materijalne i kompenzacijske pravne učinke.“⁵⁵

Nadalje, Schønberg razlikuje tri moguća pristupa uravnoteženju javnog interesa i interesa pojedinca primjenom načela legitimnog očekivanja kada je javnopravno tijelo jamčilo određenoj osobi stjecanje nekog prava. Kao prvo, osobi kojoj su zbog promjene pravne norme narušena njezina legitimna očekivanja o određenom načinu rješavanja upravne stvari može se dopustiti izjašnjavanje (saslušanje) te pružiti obrazloženje koje će joj omogućiti, s jedne strane, da zatraži iznimku od nove politike, a s druge strane, da shvati zašto joj nadležno tijelo možda ne može dopustiti tu iznimku. Taj se pristup naziva postupovnom zaštitom očekivanja.⁵⁶ Kao drugo, takvoj se osobi može dopustiti da drži nadležno tijelo vezanim uz jamstvo te da u cijelosti ostvari pravo koje je očekivala. U tom slučaju, radi se o materijalnoj (supstantivnoj) zaštiti očekivanja.⁵⁷ I na posljepku, navedenoj se osobi može nadoknaditi šteta koju je izgubila pouzdavši se u izjavu nadležnog tijela. Takav pristup predstavlja kompenzacijsku zaštitu očekivanja.⁵⁸ Schønberg ističe da se legitimna očekivanja ne mogu adekvatno zaštititi primjenom samo jednog pristupa, već da je za uspostavljanje ravnoteže između načela zakonitosti i zaštite javnog interesa, s jedne strane, te zaštite prava i pravnih interesa pojedinca s druge, nužna kombinacija postupovnih, materijalnih i kompenzacijskih pravila.⁵⁹

S obzirom na sadašnje stanje našeg društva, kao i na cjelokupni duh i tradiciju hrvatskoga upravnog postupka smatramo kako se u budućnosti instituti jamstva stjecanja prava i obavješćivanja o uvjetima ostvarivanja i zaštite prava trebaju razvijati u prvom redu razradom postupovnih metoda zaštite od povrede legitimnih očekivanja. Kompenzacijska metoda ipak podrazumijeva društvo u puno boljoj ekonomskoj situaciji nego što je to naše. Materijalna metoda, prema našem shvaćanju ipak pretjeranu pozornost posvećuje individualnim pravima, nauštrb interesa zajednice. Smatramo kako će se upravo razradom postupovne

važna načela koja su sastavnice navedenih ustavnih vrednota. To su načelo pravne sigurnosti (izvjesnosti) i s njim povezano načelo zaštite legitimnih očekivanja stranaka u postupcima u kojima se odlučuje o njihovim pravima i obvezama.“

54 V. o navedenom u: Šikić, Ofak, op. cit. (bilj. 4), str. 137.-138.

55 V. Schønberg, op. cit. (bilj. 3) str. 1.

56 V. ibid.

57 Ibid.

58 Ibid.

59 Ibid., str. 1.-2.

metode zaštite od povrede legitimnih očekivanja uspjeti razriješiti proturječnosti koje danas postoje u hrvatskom pravu.⁶⁰

IV. ZAKLJUČAK

Načelo pravomoćnosti obuhvaćeno širim pojmom zaštite stečenih prava i načelo zaštite legitimnih očekivanja međusobno su povezana načela čija je osnovna svrha osiguravanje pravne sigurnosti stranaka u upravnom postupku.

Hrvatsko pravo institut pravomoćnosti poznaje već više od 80 godina. Navedeni je institut tekstem ZUP-a nedvojbeno potvrđen kao jedno od načela upravnog postupka. Zakonska razrada načela pravomoćnosti, prema našem shvaćanju, dosta je kvalitetna te građanima osigurava visok stupanj pravne sigurnosti i upravnim postupcima.

Iako nije izrijekom utvrđeno kao načelo upravnog postupka zaštita legitimnih očekivanja nedvojbeno je postala dio hrvatskoga pravnog sustava – navedeno ne proizlazi samo iz činjenica pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji, već i iz činjenice da je Ustavni sud Republike Hrvatske načelo zaštite legitimnih očekivanja utvrdio kao jedno od načela upravnog postupka, kao i iz činjenice da pojedini instituti upravnog postupka zapravo razrađuju navedeno načelo.

Razvoj načela zaštite legitimnih očekivanja svakako je predstavljao korak unaprijed u unaprjeđenju zaštite pravne sigurnosti u upravnom postupku. No, nažalost, izbacivanjem načela konačnosti učinjen je jedan korak unazad.

Upravni postupak, naime, predstavlja složeni mehanizam radnji u postupku te je nedvojbeno vezan i uz protek vremena. Navedeno „postupovno vrijeme” zapravo se odnosi na poduzete akcije u upravnom postupku i s njima povezanim jačanjem pravnog položaja i sigurnosti građana – stranaka u upravnom postupku. Zadaća je modernih pravnih poredaka, pa tako, dakako, i hrvatskog osigurati određen stupanj pravne sigurnosti u svim etapama postupka. Načelo pravomoćnosti i zaštite stečenih prava nedvojbeno pridonose takvoj sigurnosti nakon donošenja rješenja o upravnoj stvari. Smatramo kako načelo zaštite legitimnih očekivanja predstavlja vrlo snažano sredstvo šticeanja pravne sigurnosti stranaka u upravnom postupku i prije negoli se o upravnim stvarima riješi u formi upravnog akta. Smatramo, nadalje, da je i konačnost vrlo bitan dio cjelokupnog mehanizma te da se s navedenim načelom ideja pravomoćnosti, stečenih prava i pravne sigurnosti samo podupire.

Stoga smatramo kako bi zakonodavac nekim daljnjim intervencijama u tekst ZUP-a svakako morao vratiti načelo konačnosti te nedvojbeno uvesti načelo zaštite legitimnih očekivanja kao jedno od temeljnih postupovnih načela. Pojedine institute upravnog postupka, koji su izravno povezani s navedenim načelima, trebao bi u određenoj mjeri razraditi te tako omogućiti njihovu punu afirmaciju.

60 O navedenom v. u Vemar Barlek, Inga, *Dvojbe iz sudske prakse o vremenskom važenju materijalnih propisa u upravnom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 1(2010), str. 321.-332. i Vezmar Barlek Inga, *Primjena načela legitimnih očekivanja u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, br. 1 (2011), str. 569.-581.

Summary

PROTECTION OF LEGAL CERTAINTY OF THE PARTIES IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE - THE INSTITUTE OF FINALITY AND LEGITIMATE EXPECTATIONS

The author in the article describes and analyses the institutes in Croatian general administrative procedure which seek to ensure the idea of protection of legal certainty of the parties. Namely, the General Administrative Procedure Act from 2009 elaborates and improves the idea of legal certainty of the parties in a way that some new institutes are regulated. But, unfortunately, the idea is also partially damaged and demoted with unnecessary ejection from the text of the principle of finality. To be able to prove this hypothesis, the article first describes the institute of finality which is known in Croatian administrative procedure for more than 80 years. In this part of the article the concept of finality is highlighted and the sense in which finality supported the principle of legal effectiveness is explained. The following sections analyze the institutes of guaranteed conferral of rights and informing the parties of the terms of realization and protection of the rights which, the author believes, deal with the principle of protection of legitimate expectations. In conclusion, it is stated that it is of great importance to include in the text of the General Administrative Procedure Act the principle of protection of legitimate expectations and to continue to elaborate the institutes which support the idea of legal certainty.

Key words: *Administrative Procedure the institute of finality legitimate expectations.*

Zusammenfassung

SCHUTZ DER RECHTSSICHERHEIT VON PARTEIEN IM VERWALTUNGSVERFAHREN – RECHTSKRAFT UND LEGITIME ERWARTUNGEN

Die Institute im kroatischen allgemeinen Verwaltungsverfahren, mit welchen der Schutz der Idee von Rechtssicherheit der Parteien gewährleistet wird, werden in der Arbeit beschrieben und analysiert. Im Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz aus dem Jahr 2009 wurde, nämlich, die Idee der Rechtssicherheit von Parteien bearbeitet und durch Normierung einiger neuer Institute verbessert, aber durch unnötige Löschung des Endgültigkeitsprinzips aus dem Gesetzestext leider auch teilweise beschädigt

und zurückversetzt. Um die genannten Thesen zu beweisen wird in der Arbeit zuerst das Institut der Rechtskraft beschrieben, welches im kroatischen allgemeinen Verwaltungsverfahren seit mehr als 80 Jahren bekannt ist. In diesem Teil der Arbeit wird auch das Konzept der Endgültigkeit betont und es wird darauf hingewiesen, wie die Endgültigkeit das Rechtskraftprinzip unterstützt hat. Im nächsten Kapitel wird das Prinzip des Schutzes legitimer Erwartungen beschrieben. Abschließend wird betont, wie wichtig es ist, auch das Prinzip des Schutzes legitimer Erwartungen in den Text des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes einzuschließen und die Institute, welche die Idee der Rechtssicherheit unterstützen, weiterhin zu bearbeiten.

Schlüsselwörter: *Verwaltungsverfahren, Rechtskraft, legitime Erwartungen.*

Riassunto

LA TUTELA DELLA CERTEZZA GIURIDICA DELLE PARTI NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – IL PASSAGGIO IN GIUDICATO E LEGITTIME ASPETTATIVE

Nel contributo si descrivono ed esaminano gli istituti del procedimento amministrativo generale croato, attraverso i quali si tenta di garantire la tutela dell'idea di certezza giuridica delle parti. Propriamente, nella legge sul procedimento amministrativo generale del 2009 l'idea della certezza giuridica delle parti è sviluppata ed affinata regolando alcuni nuovi istituti; sebbene, al contempo, parzialmente anche lesa ed arretrata mediante l'inutile espunzione dal testo della legge del principio di definitività. Affinché tali tesi possano venire dimostrate nel lavoro, anzi tutto si descrive l'istituto del giudicato, conosciuto nel procedimento amministrativo generale da oltre ottanta anni. In tale parte del lavoro si rileva anche il concetto di definitività e si osserva in quale senso la definitività abbia sorretto il principio del passaggio in giudicato. Nel successivo capitolo si descrive il principio di tutela delle legittime aspettative. In conclusione si sottolinea quanto sia importante per la legge sul procedimento amministrativo generale introdurre nel testo anche il principio di tutela delle legittime aspettative e continuare a sviluppare gli istituti che supportano l'idea della certezza giuridica.

Parole chiave: *procedimento amministrativo, giudicato, legittime aspettative.*

KONEKSITET OSTVARENJA VINDIKACIJSKOG ZAHTJEVA NA NEKRETNINI I TZV. PRAVA NA POŠTOVANJE DOMA

Dr. sc. Gabrijela Mihelčić, docentica
Dr. sc. Maša Marochini, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 342.737:347.2
Ur.: 4. veljače 2014.
Pr.: 3. ožujka 2014.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Autorice u radu analiziraju na koji se način konvencijska zaštita vezana uz čl. 8. Konvencije i pravo na poštovanje doma odražava na vindikacijski zahtjev uređen pravilima hrvatskoga prava. Prikazuju značajne razlike s obzirom na predmet zahtjeva, gdje se pojmom doma u pravcu pružanja zaštite prava na poštovanje doma u konvencijskom pravu daje znatno šire značenje nego što je to slučaj s pojmom nekretnine (stvari) kao predmeta zahtjeva u hrvatskom pravu. Istražuju određenu mjeru usporedivosti u odnosu na dilatorne prigovore, a u vezi s tim, tzv. testiranje određenog pitanja (prigovora) u smislu spada li u djelokrug čl. 8. st. 1. Konvencije, te je li uplitanje države u skladu sa zahtjevima iz čl. 8. st. 2. Konvencije, gdje se osnovanost prigovora temelji na zaštiti prava na poštovanje doma u odnosu na koje je došlo do miješanja, odnosno ograničenja propuštanjem, a miješanje ili propuštanje nije bilo u skladu sa zakonom, odnosno jednim od taksativno navedenih legitimnih ciljeva, razmjerno, te nužno u demokratskom društvu.

Ključne riječi: vindikacijski zahtjev, pravo na poštovanje doma

I. UVOD

Vlasnik stvari ovlašten je štiti svoje pravo vlasništva pravilima stvarnoga prava. Temeljna pravila o zaštiti prava vlasništva sadržana su u odredbama čl. 161. do 168. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,^{1 2} među kojima se nalaze i pravila koja uređuju tzv. vlasnički zahtjev za povrat stvari (vindikacijski zahtjev). Određena se

1 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 i 143/12, dalje: ZV.

2 V. npr. pravila o brisovnoj tužbi iz čl. 129. Zakona o zemljišnim knjigama, Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13 i 60/13, dalje: ZZK, čl. 34. Zakona o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima, Narodne novine br. 121/05, dalje: ZU, i sl.).

stvar, zbog niza razloga, može nalaziti u posjedu osobe različite od vlasnika. U skladu s čl. 161. st. 1. ZV, vlasnik stvari ovlašten je od osobe koja njegovu stvar posjeduje zahtijevati da mu je preda u posjed.³ Hrvatsko pravo poznaje i uređuje slučajeve kada posjednik nije dužan stvar predati vlasniku, odnosno kada se prethodno trebaju steći određene pretpostavke za povrat stvari. Zajedničko je svim tim slučajevima da su predviđeni odgovarajućim pravilima i, zapravo, predstavljaju zakonom predviđene iznimke.

Kada je riječ o nekretninama kao objektu vidikacijskoga zahtjeva može se govoriti o određenim posebnostima u odnosu na pokretne stvari. One su dijelom posljedica razloga koji se tiču nekretnine i njezinih obilježja kao stvari, a dijelom što postoje posebna registarska (zemljišnoknjižna) pravila u vezi s nekretninama i „sudbinom“ stvarnih prava na njima. Naše pravo, u pravilu, ne čini razliku u odnosu na pravo vlasnika tražiti povrat svoje nekretnine, a u vezi s kojim je naslovom, odnosno na kojem je pravnom temelju stečeno pravo vlasništva. Naime, pod pretpostavkom da je pravo vlasništva stečeno *bona fide* i da u njegovu korist djeluju registarske predmnijevane istinitosti i potpunosti, nije odlučno je li stečeno pravnim poslom, sudskom odlukom ili zakonom. Tzv. čisti vindikacijski zahtjevi ostvaruju se posebnim procesnim instrumentima u odgovarajućim parničnim postupcima, tužbama na povrat u parničnom postupku (kakva je, npr. klasična tužba radi ispražnjenja i predaje - *iseljenja*). Udovolji li vlasnik, odnosno predmnijevani vlasnik (tužitelj) pretpostavkama koje se u odnosu na njegovo pravo vlasništva (predmnijevano pravo vlasništva) traže i ako se nekretnina čiji povrat traži nalazi u odgovarajućem posjedu tuženika (bespravnom, odnosno nekvalificiranom) trebao bi ishoditi kondemnatornu odluku kojom će se naložiti povrat. Pravomoćna kondemnatorna sudska presuda koja glasi na povrat nekretnine ovršna je isprava radi ostvarenja nenovčane tražbine na ispražnjenje i predaju, a ako je njom utvrđena tražbina ovršiva, i ovršna i podobna za ovrhu. Kojim će se ovršnim sredstvom provesti ovrha u uskoj je vezi s predmetom ovrhe, a za ovaj rad zanimljiva su pravila koja uređuju prisilno ostvarenje nenovčane tražbine radi predaje nekretnine, ovrhom radi ispražnjenja i predaje nekretnine koja se nalaze u čl. 255. do 259. Ovršnog zakona.^{4 5}

Naša ovršna pravila, u priličnoj su mjeri konzervativna, vrlo restriktivno uređuju razloge (tzv. opozicijski razlozi) iz kojih je moguće prigovarati ovršivoj tražbini utvrđenoj ovršnom i podobnom ovršnom ispravom kao temelju za određivanje i provedbu ovrhe. Izvan kruga tih razloga, ovršenik, zapravo, nije ovlašten isticati

3 Vindikacijski zahtjev, osim ako je zakonom drukčije određeno, ne zastarjeva (čl. 161. st. 2. ZV).

4 Narodne novine br. 112/12 i 25/13, dalje: OZ.

5 Postoje i takvi vlasničkopravni zahtjevi koji, iako idu za predajom nekretnine, pa su stoga slični vindikacijskom zahtjevu, to, zapravo *stricto sensu*, nisu. Riječ je o zahtjevu kupca prodane nekretnine u postupku prisilnog ostvarenja novčane tražbine ovrhom na nekretnini da mu se preda nekretnina. Naime, kupac koji je na temelju ovršnopравnih pravila stekao pravo vlasništva nekretnine ovlašten je tražiti njezinu predaju, te iseljenje ovršenika i drugih osoba koje se, eventualno, u njoj nalaze (osim onih za koje je zakonom drukčije određeno). Za našu analizu posebno je zanimljiv odnos kupca i ovršenika čije se iseljenje u ovom postupku, također, provodi primjenom pravila o ovrsi radi ispražnjenja i predaje nekretnine (v. čl. 128. st. 4. OZ).

daljnje žalbene razloge. Već uvodno bi se, stoga, moglo reći da je u našem pravu krug i vrsta prigovora (razloga) za *derogaciju* vlasničkog zahtjeva na povrat nekretnine (stvari) vrlo uzak, i što je još važnije uređen odgovarajućim pravilima.

Stupanjem na snagu Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Konvencija ili EKLJP)⁶ u studenom 1997. (1998.),⁷ a posebice uz Konvenciju stvorene prakse Europskog suda za zaštitu ljudskih prava (dalje: Europski Sud ili Sud) javili su se novi aspekti u vezi s ostvarenjem vlasničkoga zahtjeva za povrat nekretnine u našem pravu. Ostavljajući na stranu druge odredbe Konvencije, ovdje će se pozornost usmjeriti na čl. 8. Konvencije⁸ kojim se, uopćeno govoreći, štite (jamče) sljedeća prava: a) pravo na poštovanje privatnog života, b) pravo na poštovanje obiteljskog života, c) pravo na poštovanje doma, te d) pravo na poštovanje dopisivanje. Svako od navedenih prava je samostalno i kao takvo može postojati autonomno.⁹

II. SUBLIMACIJA VINDIKACIJSKOGA ZAHTJEVA I PRAVA NA POŠTOVANJE DOMA

1. Općenito

Vlasnički zahtjev za povrat nekretnine ostvaruje se: a) pravom vlasničkom tužbom na povrat (*rei vindicatio*, reivindikacija) i b) takvom tužbom predmnijevanoga

- 6 Konvencija je stupila na snagu na temelju Zakona o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1., 4., 6., 7. i 11. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99 - pročišćeni tekst i 8/99. Protokoli br. 12., 13. i 14. inaugurirani su u hrvatsko pravo Zakonom o potvrđivanju Protokola br. 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, odnosno Zakonom o potvrđivanju Protokola br. 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, Narodne novine, Međunarodni ugovori br. 14/02, te Zakonom o potvrđivanju Protokola br. 14 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, o izmjeni nadzornog sustava Konvencije, Narodne novine, Međunarodni ugovori br. 1/06.
- 7 V. t. I. pročišćenih tekstova Konvencije te Protokola br. 1., 4., 6. i 7. uz Konvenciju, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 6/99.
- 8 Odredbom čl. 8. Konvencije određeno je da svatko ima pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja (st. 1.), te da se javna vlast neće miješati u ostvarivanje toga prava, osim u skladu sa zakonom i ako je to u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih (st. 2.). Osobna sfera koja je zaštićena čl. 8. EKLJP uključuje specifične značajke pojmova privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja. Svaki od ovih pojmova ima svoje značenje i uz isti postoji opsežna sudska praksa Europskog suda, ali i drugi izvori koji su razvili njihov sadržaj. V. INTERRIGHTS, Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja, Priručnik za izobrazbu odvjetnika/ca, str. 7-8.
- 9 U pravilu se, pitanje prava na poštovanje doma javlja u vezi sa zaštitom nekog drugoga prava iz čl. 8. EKLJP, npr. prava na poštovanje privatnog ili obiteljskog života. No može se javiti i samostalno. Promatra li se, naime, praksa Suda uočava se da se u pojedinim slučajevima Sud služi općenitom formulacijom o kršenju prava zajamčenih čl. 8. EKLJP ne navodeći pri tomu pojedinačno pravo koje je povrijeđeno, dok u nekim slučajevima to čini - navodi pojedinačno povrijeđeno pravo.

vlasnika (*actio publiciana*, publicijanska tužba). Kako bi u postupku pred sudom (nadležnim tijelom) vlasnik ostvario svoje pravo na povrat nekretnine (predaju u posjed), treba dokazati da je nekretnina u njegovu vlasništvu i da je ista u posjedu tuženika (čl. 162. st. 1. ZV). Uspije li u postupku, posjednik (tuženik) dužan mu je predati nekretninu, a ovisno o tomu je li njegov posjed bio pošten ili nepošten procjenjuje se i njegov pravni položaj (pravo na troškove, *ius retentionis*, *ius tollendi*, v. čl. 164. i 165. ZV). U smislu čl. 166. st. 1. ZV, onaj tko u postupku pred sudom (nadležnim tijelom) dokaže pravni temelj i istinit način stjecanja nekretnine smatra se vlasnikom (predmnijevani vlasnik) prema posjedniku koji je posjeduje bez pravnoga temelja ili na slabijem pravnom temelju.¹⁰ Predmnijevani je vlasnik, umjesto da dokazuje pravo vlasništva, dužan dokazati činjenice kojima se njegovo vlasništvo predmnijeva, te one od kojih zavisi utemeljenost njegova zahtjeva (čl. 166. st. 4. ZV).

Neovisno, je li u pitanju zahtjev pravog ili predmnijevanog vlasnika, nekretnina kao objekt zahtjeva određena je onako kako to uređuju odgovarajuća pravila i nema govora o „dinamičkom tumačenju“ kojim se, kako će se vidjeti, oblikuje pojam *doma*. Stoga, usporedi li se naše uređenje i čl. 8. Konvencije te uz njega kreirana praksa uočljivo je da u odnosu na predmet (objekt) vindikacijskoga zahtjeva postoje različita rješenja. I dok je s obzirom na domaće pravo odgovor u vezi s nekretninom kao objektom relativno jednostavan, konvencijsko je uređenje značajno složenije i vodi se drukčijim kriterijima. Ovo bi bila prva ključna točka razilaženja domaćeg uređenja i konvencijskog prava. Druga bitna razlika u vezi je s vrstom *prigovora* koje je posjednik ovlašten uputiti vlasniku, premda ovo, u konvencijskom smislu, treba razumjeti s velikom mjerom prilagodbe. Hrvatsko pravo, naime, poznaje i predviđa određene prigovore koje je posjednik ovlašten uputiti vlasniku povodom njegova zahtjeva za povrat. Konvencija pak, točnije interpretacije čl. 8. Konvencije u svjetlu zaštite prava na poštovanje doma, odnose se na znatno širi kontekst koji u pojedinim slučajevima uopće ne podudara s nacionalnim pravom. Zbog toga je upitna mogućnost uporabe induktivne, odnosno deduktivne metode podvođenjem pojedinih konvencijskih pojmova pod značenje koje imaju u nacionalnom pravu. Ipak, nalazeći da to opravdavaju razlozi utilitarnosti opredijelili smo se navedenim pitanjima baviti kroz nacionalnu nomenklaturu. Stoga će se nastavno analiza usmjeriti na pitanje objekta vindikacijskoga zahtjeva i prigovora koji zaustavljaju taj zahtjev. Naravno, uvijek imajući na umu naznačene opaske.

Ovdje još valja naglasiti da će se u analizi dovesti u vezu nekretnina kao predmet vindikacijskoga zahtjeva sa značenjem nekretnine kao predmeta ovrhe na nekretnini. U koneksitetu će se promatrati i pravila o ispražnjenju i predaji nekretnine kao pravila u kojima se poput svojevrsnog lijevka sublimira prisilno ostvarenje nenovčane tražbine na predaju nekretnine (s naslova vlasničkog zahtjeva na povrat) i takvo ostvarenje novčane tražbine ovrhom na nekretnini. Uporište za ovaj pristup temeljen je na konvencijskoj hipotezi prema kojoj se zaštita prava na poštovanje doma ne ističe ovisno o ovršnom naslovu na temelju kojeg se javlja pitanje zaštite

10 Takav pravni temelj ima posjednik čiji je posjed nepošten ili nezakonit, ili onaj koji ne može označiti svog prednika ili može samo sumnjivoga, ili onaj koji je stekao posjed besplatno, a onaj koji zahtjeva posjed stekao ga je naplatno (čl. 166. st. 2. ZV).

tog prava tako da bi se, eventualno, različito štitilo. Korisno je napomenuti da kada govorimo o prigovorima protiv vindikacijskoga zahtjeva, mislimo na takve prigovore koje je ovlašten uputiti tuženik. No vidjet će se da je u konvencijskom smislu moguće i „proširiti“ ove dosege.

2. *Nekretnina (stvar), odnosno dom kao predmet vindikacijskoga zahtjeva*

2.1. *Osnovna obilježja nacionalnog uređenja*

Nekretnina¹¹ se u našem stvarnom pravu, u smislu čl. 2. i 9. ZV, te čl. 2. ZZK definira kao čestica zemljine površine koja je u katastru zemljišta označena posebnim brojem i nazivom katastarske općine u kojoj leži (katastarska čestica), zajedno sa svime što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje, odnosno iznad ili ispod nje izgrađeno, a namijenjeno je da tamo trajno ostane, ili je ugrađeno u nekretninu, na njoj dograđeno, na njoj nadograđeno ili drukčije s njom trajno spojeno, sve dok se od nje ne odvoji. Navedenu temeljnu definiciju nekretnine opća stvarnopravna pravila koja uređuju zaštitu vlasništva ne raščlanjuju u smislu postojanja različitih pravila o zaštiti vlasništva u vezi s vrstom ili funkcijom nekretnine.

Stvarnopravnu definiciju slijedi i ovršnopravno uređenje, u prvom redu u blanketnoj odredbi o primjeni materijalnog prava iz čl. 21. st. 2. OZ prema kojoj se na materijalnopravne pretpostavke i posljedice provedbe ovršnoga postupka i postupka osiguranja odgovarajuće primjenjuju odredbe zakona kojima se uređuju stvarna prava, odnosno obvezni odnosi. Potom i pozivajući se na istu u čl. 81. st. 1. OZ (pravila o ovrsi na nekretnini), određuje da nije li što drugo određeno, predmet ovrhe može biti samo nekretnina kao cjelina određena pravilima koja uređuju vlasništvo i druga stvarna prava i zemljišne knjige. Ipak, premda ne odstupaju od općeg stvarnopravnog uređenja, ovršna pravila (i pravila osiguranja) među pravilima o ograničenju i izuzeću od ovrhe (osiguranja)¹² predviđaju određene posebne režime dovodeći pojam nekretnine u vezi s tim što nekretnina „predstavlja“ u naravi i s obzirom na namjenu za koju se koristi.¹³ U ovom je pravcu izuzeto od ovrhe, primjerice poljoprivredno

-
- 11 Stvari su u smislu čl. 2. st. 2. ZV (tj. u smislu pravila ZV-a) tjelesni dijelovi prirode, različiti od ljudi, koji ljudima služe za uporabu. Uzima se da su stvari i sve drugo što je zakonom s njima izjednačeno. Za stvari općenito, v. o predmetima stvarnih prava u GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., *Stvarno pravo*, Svezak I., Narodne novine, Zagreb, 2007., dalje: GAVELLA, N., et al., *Stvarno I.*, str. 64.-99., posebno o nekretninama, str. 79.-97., V. o zemljišnoknjižnom ulošku, JOSIPOVIĆ, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, Informator, Zagreb, 2001., str. 103.-114., o stvarima, v. i: SLAKOPER, Z., GORENC, V., uz suradnju: BUKOVAC PUVAČA, M., *Obvezno pravo*, Opći dio, Novi informator, Zagreb, 2009., str. 94.-105., KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M., *Gradansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 71-87.
- 12 Za ograničenje i izuzeće od ovrhe (osiguranja), v. DIKA, M., *Gradansko ovršno pravo*, I. knjiga, *Opće građansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 159.-172.
- 13 Ovo nikako ne treba razumjeti tako da ne postoji cijeli niz posebnih stvarnopravnih režima u vezi s pojedinim vrstama stvari, pa i nekretninama.

zemljište i gospodarske zgrade poljodjelca.¹⁴ U vezi su s, tzv. funkcionalnim režimom (kriterijem funkcije, namjene) i pravila o posebnim odredbama o ovrsi na imovini pravnih osoba. Prema općem pravilu iz čl. 76. st. 1. OZ ovrha radi ostvarenja novčane tražbine ne može se provesti na stvarima pravnih osoba, ako su one nužne za obavljanje njihove djelatnosti. S tim da se pravilo ne primjenjuje kada postoje posebna pravila o određivanju redosljeda ovrhe, o izuzimanju od ovrhe ili o ograničenju ovrhe za ovrhu na određenim stvarima ili pravima (čl. 76. st. 2. OZ). Posebna pravila o tomu kada su pojedine stvari (pokretne i nepokretne) i subjektivna imovinska prava pravnih osoba izuzeta od ovrhe nalaze se u odredbama čl. 241. do 245. OZ.¹⁵

Nema drugih ovršnih pravila (pravila osiguranja) koja bi se vodila kriterijem namjene nekretnine i s tim u vezi s eventualnim restriktivnijim (ili ekstenzivnijim) režimom ovrhe ili osiguranja. Našim se pravilima nigdje ne postavlja ili uređuje pitanje doma ovršenika ili protivnika osiguranja i njegova zaštita, pa s tim u vezi i ovrhe i osiguranja na njemu.

2.2. Konvencijska koncepcija pojma doma (čl. 8. Konvencije)

Poseban režim zaštite doma, točnije, tzv. prava na poštovanje doma, pa time i doma kao objekta vindikacijskoga zahtjeva predviđa čl. 8. Konvencije i s njim u vezi kreirana praksa Europskog suda. Odmah treba kazati da je pojam doma (u smislu čl. 8. Konvencije) postavljen autonomno i neovisno o uređenjima iz nacionalnih prava, pa tako i hrvatskoga. Glavna je premisa Suda pri širokom podvođenju različitih „vrsta“ nekretnina (pa i onih stvari koje to nisu u smislu hrvatskog prava npr. romske čerge) pod pojam doma, da dom ima faktično, a ne pravno značenje. Stoga ocjena predstavlja li određeni „prostor“ (nekretnina, stvar) dom u smislu Konvencije ovisi o činjeničnim

14 Prema čl. 91. OZ, od ovrhe je izuzeto poljoprivredno zemljište i gospodarske zgrade poljodjelca u opsegu potrebnom za njegovo uzdržavanje i uzdržavanje članova njegove uže obitelji te drugih osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati. S tim da se pravilo ne primjenjuje kada je ovrhovoditelj na temelju pravnoga posla s ovršenikom stekao na nekretnini založno ili slično pravo radi osiguranja tražbine čije se prisilno ostvarenje na nekretnini traži, odnosno kada je nekretninu ovršenik stekao od ovrhovoditelja koji pokretanjem postupka traži ostvarenje svoje tražbine nastale u svezi s tim stjecanjem (čl. 77. OZ).

15 Pravilom iz čl. 241. OZ određuje se, kada je riječ o nekretninama, koje se ne smatraju nužnim za obavljanje djelatnosti pravnih osoba u smislu čl. 76. st. 1. OZ, pa su podobne da se na njima odredi i provede ovrha radi ostvarenja novčane tražbine. Interpretacijom citirane odredbe proizlazi da nisu nužne za obavljanje djelatnosti pravnih osoba, pa se na njima može provesti ovrha: a) nekretnine koje se koriste kao uredske prostorije, neovisno je li riječ o samostalnim uredskim prostorijama ili dijelovima nekretnine koji se koriste kao uredski prostor (ovrha na dijelu nekretnine koji se koristi kao uredski prostor može se odrediti i provesti pod pretpostavkama iz čl. 81. OZ koji uređuje pitanje nekretnine kao predmeta ovrhe), b) nekretnine koje nisu izgrađene ili preuređene radi obavljanja strogo namjenske djelatnosti (dakle, nekretnine pravnih osoba koje nisu u službi namjenske djelatnosti koje obavlja pravna osoba), c) nekretnine koje su u službi obavljanja neke od više djelatnosti ovršenika, ako njihovim otuđenjem neće prestati ostale djelatnosti ovršenika, te d) nekretnine koje služe obavljanju strogo namjenske djelatnosti pravne osobe, ako se: 1. zbog njihova otuđenja neće obustaviti djelatnost ovršenika, 2. ono što ovršenik dobiva djelatnošću na toj nekretnini može naknaditi nabavkama na tržištu, te 3. na tržištu može zakupiti poslovni prostor u kojemu se može obavljati takva djelatnost.

okolnostima pojedinog slučaja (*questio facti*), a ne o određenim pravno relevantnim pretpostavkama.

To je i eksplicitno navedeno u nekim odlukama. Primjerice u odluci *Orlić protiv Hrvatske* gdje se navodi da: „... pojam dom u smislu čl. 8. EKLJP nije ograničen na one prostorije koje su u zakonitom posjedu ili koje su zakonito izgrađene. Dom je autonomni koncept koji ne ovisi o klasifikaciji u domaćem pravu. Predstavljaju li neke konkretne prostorije dom koji privlači zaštitu čl. 8. st. 1. Konvencije ovisit će o činjeničnim okolnostima, posebice o postojanju dovoljnih i trajnih veza s konkretnim mjestom ... Tako je pitanje treba li neku nekretninu klasificirati kao dom činjenično pitanje i ne ovisi o zakonitosti posjeda na temelju domaćeg prava ...“¹⁶

Vežući se uz faktično - funkcionalni kriterij i pružajući, pod određenim pretpostavkama, zaštitu tako oblikovanom pojmu doma, Sud je najveću disonancu spram nacionalnih pravila (ovdje mislimo i na naše pravo) učinio zahtjevom prema kojem su države dužne pružiti zaštitu svakoj osobi u odnosu na njezin (činjenično određen) dom, a neovisno boravi li osoba u domu *s ili bez pravne osnove* u nacionalnom zakonodavstvu i neovisno o *vlasništvu* doma (ipak, uz ispunjenje određenih pretpostavki).

Sud je, u kontekstu čl. 8 EKLJP, domom smatrao i poslovni prostor (*Niemietz protiv Njemačke*),¹⁷ sjedište tvrtke, odnosno njene podružnice i druge poslovne prostore (*Societe Colas Est i drugi protiv Francuske*),¹⁸ romske čerge, odnosno sva pomična mjesta stanovanja (*Buckley protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Connors protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*).¹⁹

Sud najčešće gleda postoji li *neposredna i trajna veza* pojedinca s *prostorom* (stvari, nekretninom). Naravno, ipak se svaki prostor u kojem pojedinac boravi ne smatra domom.²⁰ Kako bi detaljnije analizirali konvencijsko određenje pojma doma i

16 *Orlić protiv Hrvatske*, presuda od 21. 6. 2011., br. 48833/07, § 54.

17 *Niemietz protiv Njemačke*, presuda od 16. 12. 1992., br. 13710/88.

18 *Societe Colas Est i drugi protiv Francuske*, presuda od 16. 12. 2002., br. 37971/97.

19 *Buckley protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 29. 9. 1996., br. 20348/92, *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva* presuda [VV] od 18. 1. 2001., br. 27238/95, *Connors protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 27. 5. 2004., br. 66746/01.

20 U slobodnom prijevodu Sud je rekao: „... Pojam doma Sud tumači dinamički, međutim vodeći brigu o namjerama stvaratelja Konvencije, kao i o *zdravom razumu (common sense)* (v. *Khamidov protiv Rusije*, br. 72118/01, § 131., ECHR 2007-XII /izvadci/). Stoga, nije dovoljno da podnositelj tvrdi kako određeni imovinski *entitet (property)* predstavlja dom, već je dužan dokazati postojanje trajne i neposredne veze s entitetom o kojem je riječ (v. *Gillow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 24. 11. 1986., § 46.). Činjenica trajne ili neposredne veze s određenim entitetom najčešće je ključan element u određenju Suda predstavlja li određeni entitet dom. Međutim, kada podnositelj tvrdi da je stvorio dom u odnosu na entitet u odnosu na koji nema trajnu ili neposrednu vezu, ili je ima u neznatnom opsegu, odnosno kada ona nije postojala dulje vrijeme, moguće je da je veza s tim entitetom u toj mjeri smanjena da se prestaje postavljati ikakvo, odnosno kakvo posebno pitanje u smislu 8. Konvencije (v. *Andreou Papi protiv Turske*, zahtjev br. 16094/90, § 54., 22. 9. 2009.). Nadalje, iako nije nužno da je podnositelj vlasnik doma kako bi (dom) ušao u doseg čl. 8. Konvencije, činjenica da je podnositelj ranije bio vlasnik može biti relevantna u slučajevima kada ističe svoje (ranije) pravo vlasništva, iako radi proteka vremena ne može isticati zahtjeve s tog naslova, odnosno imati određena razumna očekivanja u pravcu ponovnog vraćanja u posjed (v. *mutatis mutandis Vrahimi protiv Turske*,

s njim u vezi prava na poštovanje doma treba kazati osnovno o primjeni i tumačenju čl. 8. Konvencije.

Prije toga valja spomenuti, a kako je Sud izrijekom naveo, da: „Pojedinaac ima pravo na poštovanje svoga doma, što znači ne samo pravo na konkretni fizički prostor, nego i na tiho uživanje toga prostora. Povrede prava na poštovanje doma nisu ograničene na konkretne fizičke povrede kao što je neovlašteni ulazak u dom neke osobe, nego uključuju i one koje nisu konkretne ili fizičke, kao što je buka, imisije, mirisi ili drugi oblici miješanja.“²¹

2.2.1. Primjena i tumačenje čl. 8. Konvencije u svjetlu poštivanja prava na dom

2.2.1.1. U većini slučajeva u vezi s čl. 8. EKLJP, točnije u velikoj većini slučajeva, primjena čl. 8. zahtijeva *test* koji se sastoji od dvije etape. U prvoj se postavlja pitanje spada li određeni zahtjev u djelokrug čl. 8. st. 1. Konvencije. Ako spada, druga etapa podrazumijeva razmatranje je li *uplitanje* države u skladu sa zahtjevima iz čl. 8. st. 2. EKLJP.²²

Smatra se da se, kada nastoji opravdati svoja djelovanje u smislu ograničenja prava iz čl. 8. st. 1. Konvencije, javno tijelo treba voditi sljedećim općim načelima: a) ograničenje ne smije ugroziti bit prava, b) kada je dopušteno, valja ga koristiti restriktivno, c) svako ograničenje treba biti predviđeno zakonom i u skladu s ciljem i svrhom Konvencije, d) ne smije se primjenjivati arbitrarno, e) mora postojati mogućnost pobijanja i ulaganja pravnih lijekova (u vezi s ograničenjem), f) u primjeni ograničenja ne smiju se koristiti restriktivnija sredstva negoli to zahtijeva njegova svrha, g) svako ograničenje mora biti u skladu s drugim pravima predviđenim Konvencijom te, konačno, h) odredbu o ograničenju iz čl. 8. st. 2. EKLJP ne smije se tumačiti tako da ograničava ostvarenje bilo kojeg prava zaštićenog u većoj mjeri drugim međunarodnim obvezama pojedine države.²³

Navedeni standardi, odnosno temelji za ograničenje prava koje Sud procjenjuje u pojedinom slučaju su sljedeći: a) radi li se o pravu koje spada u opseg čl. 8. EKLJP, b) je li došlo do miješanja u pravo (odnosno ako je država propustila izvršiti pozitivnu obvezu - je li država svojim propuštanjem ograničila konvencijska prava), c) je li miješanje/propuštanje bilo u skladu sa zakonom (zakon prema Konvenciji, također, ima autonomno značenje i obuhvaća pisanu i nepisanu riječ, kao i sudske odluke precedentnih sustava), d) je li miješanje/propuštanje bilo u skladu s jednim od legitimnih ciljeva taksativno navedenih u st. 2., čl. 8. Konvencije, e) je li miješanje/propuštanje bilo razmjerno te g) je li bilo nužno u demokratskom društvu.

zahtjev br. 16078/90, § 60., 22. 9. 2009., u kojem podnositelj zahtjeva nikada nije imao nikakav posjed nekretnine koja je bila u vlasništvu tvrtke). Pojam dom ne može se interpretirati ni kao sinonim pojma obiteljskih korijena (*family roots*), koji je neodređen i afektivan koncept (npr. *Loizidou - meritum ...*, § 66.).“ *Demopoulos i drugi protiv Turske*, odluka od 1. 3. 2010., br. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, § 136.

21 *Oluić protiv Hrvatske*, presuda od 20. 5. 2010, br. 61260/08, § 44.

22 Kada govorimo o čl. 8. (kao i čl. 9., 10., i 11. Konvencije), treba istaknuti da je Sud razvio točno određene standarde za ispitivanje je li ograničenje prava bilo u skladu s Konvencijom ili ne, o čemu će se nastavno više govoriti.

23 INTERIGHTS, op. cit., str. 14

Posljednja dva navedena pitanja (točke e) i g)) u većini su predmeta bila ključna za odluku je li došlo do povrede čl. 8. Konvencije. Sud se vodi u praksi razvijenim načelima tumačenja kada postavlja navedena pitanja, odnosno ispituje potpada li nešto pod doseg čl. 8. Konvencije i ako da, jesu li ograničenja bila dopuštena.

2.2.1.2. Kada je riječ o načelima tumačenja u vezi s pravom na poštovanje doma (ograničenjima tog prava) treba voditi računa o četiri ključna načela: a) načelu autonomnog tumačenja, b) načelu slobodne procjene, c) načelu *živućeg* instrumenta te d) načelu učinkovitosti.²⁴

Načelo autonomnog tumačenja predstavlja specifičnu metodu tumačenja u uskoj vezi s tumačenjem Konvencije u skladu s njezinim ciljem i svrhom, odnosno teleološkim tumačenjem,²⁵ ali i s ostalim načelima tumačenja. U skladu s njim, Sud u određenim slučajevima konvencijskim pojmovima daje autonomna značenja neovisna o njihovu značenju u nacionalnim pravima. Razloge primjene ovoga načela Sud nalazi u primarnom cilju Konvencije - zaštititi prava pojedinaca od država stranaka. Svrha je autonomnog tumačenje Konvencije spriječiti da se konvencijska prava „... podrede tumačenju koje pojam ili načelo imaju u domaćem pravu država ugovornica.“²⁶ Primjena ovog načela započela je sada već davne 1971. u predmetu *Engel i drugi protiv Nizozemske*²⁷ i od tada se često koristi. U kontekstu prava na poštovanje doma upravo je uporabom ovoga načela Sud dao značenje pojmu doma i naveo da će to „... uobičajeno biti mjesto, fizički definirano područje, gdje se razvijaju privatni i obiteljski život.“²⁸ Dom može biti i mjesto namjeravanog života.²⁹ Pojam doma može obuhvatiti i poslovne prostore.³⁰ U teoriji se ističe da je vrlo teško razdvojiti pravo na poštovanje doma u fizičkom smislu od onog povezanog s obiteljskim životom, budući da je zaštićeni privatni prostor ključan za aktivnosti koje obuhvaćaju obiteljski život.³¹

24 Zbog toga što Sud uzima u obzir okolnosti pojedinog slučaja, te primjenu načela tumačenja koja je sam razvio i u odnosu na koja ne postoji točno utvrđeni način primjene, praksa Suda na pitanjima prava na dom nije ujednačena.

25 V. čl. 31. Bečke konvencija o pravu ugovora, Narodne Novine, Međunarodni ugovori br. 12/93.

26 LETSAS, G., *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009., str. 48.

27 *Engel i drugi protiv Nizozemske*, presuda od 8. 6. 1976., br. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 i 5370/72.

28 *Oluić protiv Hrvatske* (bilj. 21), § 44.

29 *Gillow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 24. 11. 1986., br. 9063/80, § 46.

30 *Niemietz protiv Njemačke* (bilj.17) „... Što se tiče riječi dom koja se pojavljuje u engleskom tekstu čl. 8. Sud primjećuje da određene države stranke, naročito Njemačka ... prihvaćaju da taj izraz obuhvaća i poslovne prostorije. Takvo je tumačenje, štoviše, u potpunoj suglasnosti s francuskim tekstom jer riječ *domicile* ima širu konotaciju nego riječ dom i može se proširiti, primjerice i na poslovni ured. Ni u ovom kontekstu nije uvijek moguće napraviti jasnu razliku jer se aktivnosti vezane uz profesiju ili posao mogu dobro obavljati i iz nećijih privatnih prostorija, a aktivnosti koje nisu na njih toliko vezane mogu se sasvim uspješno obavljati iz službenih ili poslovnih prostorija. Usko tumačenje riječi dom i *domicile* na taj bi način prouzročilo opasnost od neravnopravnog postupanja jednako kao i usko tumačenje pojma privatnog života [30].“ Prijevod prema: OMEJEC, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi* Europskog suda za ljudska prava, Strasburški *acquis*, Zagreb, Novi informator, 2013., str. 938.

31 JANIS, M.W., KAY, R.S. i BRADLEY, A.W., *European Human Rights Law: Text and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 3. izd., 2008., str. 403.

Nakon što je za određeni prostor utvrđeno da predstavlja dom, prvi se oblik zaštite odnosi na pravo *pristupa* i posjed, te pravo *ne biti iseljen* (*Cipar protiv Turske*).³²

Sud kao najčešće načelo tumačenja koristi načelo slobodne procjene. Razvijeno je kako bi se državama ostavio određeni „manevarski“ prostor koji su im „... strasburška tijela (Sud i prijašnja Komisija) voljna prepustiti u ispunjenju njihovih obveza prema Konvenciji.“³³ Nije proglašeno samom Konvencijom³⁴ (kao ni druga načela tumačenja), već su ga u svojoj praksi razvila „strasburška tijela“ kako bi naglasila supsidijarnu ulogu Suda. Na načelo slobodne procjene Sud se pozivao raspravljajući o brojnim pitanjima, pa ga se može naći u praksi uz niz članaka, npr. čl. 15. Konvencije,³⁵ čl. 8.-11. Konvencije,³⁶ te čl. 2. Protokola br. 1.³⁷ Također, uz odredbe čl. 14.,³⁸ čl. 1. Protokola 1.,³⁹ čl. 6.,⁴⁰ te čl. 3. Protokola br. 1.⁴¹ Iako se, u pravilu, načelom slobodne procjene Sud koristi kako bi državama dopustio određenu diskreciju pri odlučivanju o potrebi ograničenja pojedinih konvencijskih prava, u pojedinim se slučajevima upravo ono koristi za sužavanje te diskrecije, pa je teško zaključiti kada je, zapravo, državama dopuštena šira, a kada uža *sloboda procjene*. Ta dvojba, odnosno izostanak jasnih standarda u vezi s korištenjem načela slobode

- 32 HARRIS, D., O'BOYLE, M. i WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2. izd., 2009., str. 377. *Cipar protiv Turske*, presuda [VV] od 10. 5. 2001., br. 25781/94.
- 33 GREER, S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000., str. 5.
- 34 Međutim, Protokolom 15. koji je donesen, ali još nije stupio na snagu, načelo slobodne procjene proglašeno je preambulom same Konvencije. Tako će, kada stupi na snagu, na kraju preambule stajati “Potvrđujući kako Visoke Ugovorne Stranke, u skladu s načelom supsidijarnosti, imaju primarnu odgovornost osigurati prava i slobode definirane Konvencijom i dodatnim protokolima, te kako čineći to se vode načelom slobodne procjene, koja je podložna nadzoru Europskog suda za ljudska prava osnovanim ovom Konvencijom.”
- 35 *Lawless protiv Irske* (br. 3), presuda od 1. 7. 1961., br. 332/57, *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 18. 1. 1978., br. 5310/71.
- 36 *Šahin protiv Turske* [VV], presuda od 10. 11. 2005., br. 44774/98, *Otto-Preminger-Institut protiv Austrije*, presuda od 20. 9. 1994., br. 13470/87, *Muller protiv Švicarske*, presuda od 24. 5. 1988., br. 10737/84, *Open Door i Dublin Well Woman protiv Irske*, presuda od 29. 10. 1992., br. 14234/88 i 14235/88, *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (bilj. 19) i *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda [VV] od 11. 7. 2002., br. 28957/9.
- 37 *Lautsi i drugi protiv Italije*, presuda [VV] od 18. 3. 2011. i presuda od 3.11.2009 br. 30814/06, *Folgerø i drugi protiv Norveške*, presuda [VV] od 29. 6. 2007., br. 15472/02, *Oršuš i drugi protiv Hrvatske*, presuda [VV] od 16. 3. 2010., 15766/03, *D.H. i drugi protiv Češke Republike*, presuda [VV] od 13. 11. 2007., br. 57325/00.
- 38 *Belgijski jezični slučaj (meritum)*, presuda od 23. 7. 1968., br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 i 2126/64, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 28. 5. 1985., br. 9214/80, 9473/81 i 9474/81.
- 39 *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske*, presuda od 23. 9. 1982., br. 7151/75 i 7152/75, *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 21. 2. 1986., br. 8793/79.
- 40 *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 21. 2. 1975., br. 4451/70, *Ruiz Torija protiv Španjolske*, presuda od 9. 12. 1994., br. 18390/91.
- 41 *Krasnov i Skuratov protiv Rusije*, presuda od 19. 7. 2007., br. 17864/04, 21396/04, *Hirst protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (br. 2), presuda [VV] od 6. 10. 2005., br. 74025/01, *Campagnano protiv Italije* presuda od 23. 3. 2006., br. 77955/01.

procjene, posebno kod prava na poštovanje doma stvara nesigurnost država u pogledu njihovih konvencijskih obveza. Postoje slučajevi u kojima je Sud u istom predmetu (upućenom na Veliko vijeće) donio različite presude pozivajući se u obje odluke na primjenu načela slobodne procjene, pa se stoga ovo načelo i najčešće kritizira u teoriji.⁴²

„... Jedno od najpoznatijih načela koja primjenjuju strasburška tijela je načelo živućeg instrumenta. Prema njemu, Konvenciju treba primjenjivati u skladu sa suvremenim prilikama kako ih Sud tumači.“⁴³ Sud je prvi put primijenio ovo načelo 1978. u presudi *Tyler*⁴⁴ i već je tada njegova primjena bila kritizirana, budući da nije dao razloge za njegovu primjenu.⁴⁵ Unatoč tomu načelo živućeg instrumenta danas se učestalo koristi.⁴⁶ U vezi s pravom na poštovanje doma, Sud se nije pozivao na ovo načelo kada je tumačio značenje pojma dom ili obveze država. U središtu Suda bila su prethodno navedena načela i načelo učinkovitosti koje će se *infra* kratko prikazati.

Načelo učinkovitosti vrlo je značajno načelo čijom je primjenom Sud državama nametnuo brojne pozitivne obveze koje nisu vidljive iz samog teksta Konvencije. Srž primjene ovog načela nalazi se u tomu da države ne mogu uskladiti svoje ponašanje sa zahtjevima iz Konvencije jednostavno zabranjujući određeno ponašanje ili se suzdržavajući od ponašanja suprotnog Konvenciji, već su dužne poduzeti i određene mjere kako bi zaštitile konvencijska prava.⁴⁷ Osnovna je ideja, dakle, svojevrsno nametanje državama pozitivnih obveza kako bi učinkovito zaštitile prava osoba pod svojom jurisdikcijom. Načelo učinkovitosti Sud koristi kada treba odlučiti je li neka odredba primjenjiva ili kada je povrijeđeno pravo iz neke odredbe za koju je jasno da je primjenjiva. Prvi se put pozvao na ovo načelo u predmetu *Golder* i njegova je primjena izazvala kontroverze, jer se smatralo kako je Sud u određenoj mjeri uveo

42 V. stajalište suca Loucaides (bivšeg suca Europskog suda za ljudska prava) u kojem kritizira rad Suda, <http://www.errc.org/cikk.php?page=8&cikk=3613> (posjećeno 30. siječnja 2014.). V. još: MACDONALD, R., *The Margin of Appreciation* u: MACDONALD, R., MATSCHER, F. i PETZOLD, H. (ur.), *The European System for Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, str. 83-124; HARRIS D., O'BOYLE M. i WARBRICK C., op. cit., str. 13; LORD LESTER HERNE OF HILL, *Universality versus Subsidiarity: A Reply* (1998) 1 E.H.R.L.R. 1998 73, str. 75.

43 WILDHABER, L., *The European Court of Human Rights in Action* (2004), 21 *Ritsumeikan Law Review* 83, str. 84.

44 *Tyler protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 25. 4. 1978., br. 5856/72, § 31.

45 MOWBRAY, A., *The Creativity of the European Court of Human Rights* (2005), 5 *Hum. Rts. L. Rev.* 57, str. 61

46 *Selmouni protiv Francuske*, presuda [VV] od 28. 7. 1999., br. 25803/94, § 102, *Hatton i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda [VV] od 8. 7. 2003., br. 36022/97. Zajednička odvojena mišljenja sudaca Costa, Ress, Turmen, Zupančić i Steiner, § 2; *Soering protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 7. 7. 1989., br. 14038/88, § 102, *Henaf protiv Francuske*, presuda od 27. 11. 2003., br. 65436/01, § 55, *Sandra Janković protiv Hrvatske*, presuda od 14. 9. 2009 br. 38478/05, § 47, *Beganović protiv Hrvatske*, presuda od 25. 9. 2009., br. 46423/06, § 66.

47 MCRAE, D., *Approaches to the Interpretation of Treaties: The European Court of Human Rights and the WTO Appellate Body* u: BREINTENMOSER, S., EHLENZELLER, B. i dr. (ur.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2007, str. 1411-1412.

novo konvencijsko pravo, a ne samo tumačio postojeće.⁴⁸ Zanimljivo je naglasiti da se Sud rijetko izravno poziva na primjenu ovoga načela, već ga primjenjuje neizravno. Kada je u pitanju pravo na poštovanje doma, primjena ovoga načela, zajedno s načelom slobodne procjene i načelom autonomnog koncepta ključna je za ekstenzivno tumačenje pojma doma i zaštitu prava na poštovanje doma.⁴⁹

3. Posjednikovi prigovori protiv vindikacijskoga zahtjeva

Posjednik je u postupku po pravoj vlasničkoj tužbi radi povrata nekretnine (stvari), u skladu s našim pravom, ovlašten protiv tužiteljeva zahtjeva staviti određene prigovore.⁵⁰ Koje će prigovore tuženik moći staviti ovisi o tomu je li njegov posjed pošten ili nepošten, odnosno je li u pravnom položaju poštenog ili nepoštenog posjednika (u vezi sa savjesnosti je ovlast posjednika na određene protuzahitjeve spram vlasnika). U vezi je s prigovorima tuženika i to ima li nekretninu u neposrednom ili posrednom posjedu, te posjeduje li je samostalno, odnosno nesamostalno priznavajući tuđu višu vlast.

U pravilu, tuženik može isticati sljedeće materijalnopravne prigovore: a) prigovore koji negiraju vlasnički zahtjev, odnosno b) prigovore koji ukidaju vlasnički zahtjev, koji spadaju u, tzv. peremptorne prigovore (*exemptiones peremptoriae*) te c) dilatorne prigovore, tj. prigovore koji zaustavljaju vlasnički zahtjev (*exemptiones dilatoriae*). Svi navedeni prigovori, međutim, na raspolaganju su samo poštenom posjedniku. Nepošteni posjednik ne može stavljati prigovore koji zaustavljaju vlasnički zahtjev.

Osim materijalnopравnih prigovora, posjednik ima pravo i na procesnopravni prigovor, tzv. imenovanje prethodnika (*nominatio auctoris*) i to s naslova čl. 163. st. 4. ZV koji određuje da se tuženik koji je nesamostalni posjednik, od zahtjeva da preda posjed nekretnine može braniti imenovanjem posrednoga samostalnog posjednika čiju višu vlast priznaje i iz čijega posjeda izvodi svoj posjed.⁵¹

Prigovorima koji *negiraju* vlasnički zahtjev tuženik može osporavati (poricati) pravo vlasništva tužitelja ili osporavati (poricati) da u posjedu ima nekretninu čije se traži vraćanje. U procesnopravnom smislu riječ je o prigovoru izostanka aktivne

48 Pitanje u predmetu *Golder* bilo je jamči li Konvencija pravo na pristup sudu, budući da čl. 6. daje određena jamstva samo osobama koje se već nalaze pred sudom. Sud je, koristeći načelo učinkovitosti, a zanemarujući namjeru stvaratelja Konvencije, rekao kako Konvencija jamči pravo na pristup sudu. *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (bilj. 40), § 36.

49 Također, treba napomenuti kako primjena određenog načela tumačenja u pojedinom predmetu u konačnici, ipak, ovisi o sastavu suda.

50 Za prigovore poštenog posjednika kod reivindikacije v. GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., *Stvarno pravo*, Svezak I., Narodne novine, Zagreb, 2007., dalje: GAVELLA, N., et al., *Stvarno I.*, str. 607. do 610. Za prigovore nepoštenog posjednika, v. GAVELLA, N., et al., *Stvarno I.*, str. 613.-614. V. još: JELČIĆ, O., *Zaštita prava vlasništva*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (1991) v. 21., br. 1., 321-350 (2000), str. 335. do 339.

51 JELČIĆ, O., op. cit., str. 337.-338. MOMČINOVIĆ, H., *Zaštita prava vlasništva*, *Zakonitost* (44), br. 9.-10., str. 1072.-1092., str. 1076.

legitimacije, odnosno promašene pasivne legitimacije.⁵² Prigovorima kojim se *ukida* vlasnički zahtjev tuženik se, zapravo, protivi vraćanju nekretnine tako što tvrdi ili da je vlasnik imao pravo vlasništva nekretnine čiji se zahtjeva povrat, ali ga više nema, dakle nije vlasnik ili da nekretninu više nema u posjedu, ako ju je ranije imao. Tuženik nekretninu čiji se povrat traži treba imati u posjedu u trenutku podnošenja tužbe (jer raniji posjed ne „otvara“ ovlast vindikacijskom zahtjevu, već ovlašćuje posjednika isticati prigovor kojim se ukida vlasnički zahtjev), odnosno u trenutku zaključenja glavne rasprave.⁵³ Peremptorni prigovor je i onaj iz čl. 161. st. 3. ZV, prema kojem osobi koja je otuđila nekretninu u svoje ime, dok još nije bila njezina, a poslije ju je stekla u vlasništvo, ne pripada vlasničkopravni zahtjev na povrat, pa se od takvog zahtjeva posjednik može uspješno braniti isticanjem ovog prigovora.

Najzanimljivija je ovdje treća skupina prigovora - dilatorni prigovori kojima se ne osporava pravo vlasništva tužitelja niti čini spornim da tuženik ima nekretninu u posjedu, već se tužiteljevu pravu na povrat nekretnine *suprotstavlja* tuženikovo pravo koje ga ovlašćuje da ju posjeduje (tzv. prigovori kojima se *zaustavlja* vlasnički zahtjev).⁵⁴ Prema našem pravilu iz čl. 163. st. 1. ZV, posjednik je ovlašten odbiti predaju nekretnine ako ima, tzv. *pravo na posjed* (pravo koje ga ovlašćuje na posjedovanje). Moguće je da je pravo na kojem temelji svoje suprotstavlanje vlasnikovu zahtjevu na povrat, posjednik stekao određenim pravnim odnosom sa samim vlasnikom (npr. zakupa, najma, ili sl.). Takvo je pravo, međutim, mogao steći i od treće osobe koja ima pravo posjedovati nekretninu. U smislu čl. 163. st. 2. ZV, posjednik je ovlašten odbiti predaju vlasniku kada svoje pravo na posjed izvodi od posrednoga posjednika koji ima takvo pravo (izuzev kada je posjed dobio od posrednog posjednika koji mu ga nije bio ovlašten dati). Nadalje, pravo posjednika može se temeljiti i na pravu koje je stekao od ranijeg vlasnika nekretnine koji je svoje pravo vlasništva prenio na tužitelja. Pa, ako se od posjednika nekretnine otuđene ustupom, zahtjeva da je preda vlasniku, on novom vlasniku može suprotstaviti i prigovore svoga prava na posjed koje bi imao prema ustupitelju (čl. 163. st. 3. ZV).

I kod publicijanske tužbe, tuženik može predmnijevanom vlasniku staviti naprijed navedene prigovore.⁵⁵ Naime, na vlasničku tužbu predmnijevanoga vlasnika, na prigovore posjednika, kao i na pravni položaj koji ima poštenu odnosno nepoštenu posjednik kada je dužan predati stvar vlasniku, odgovarajuće se primjenjuje ono što i za pravu vlasničku tužbu, ako nije drugo određeno zakonom niti je u suprotnosti s pravnom naravi tužbe predmnijevanoga vlasnika (čl. 166. st. 4. ZV). Postoje i posebni prigovori kojima se tuženik može suprotstaviti zahtjevu publicijanskog vlasnika na povrat, a koji proizlaze iz pravne naravi ove tužbe. Riječ je o specifičnim prigovorima kojima se: a) negira da je tužitelj imao samostalni posjed određene kakvoće, odnosno

52 Tako JELČIĆ, O., op. cit., str. 335.

53 Vlasnik bi mogao imati pravo na naknadu štete. V. praksu navedenu u: MOMČINOVIĆ, H., op. cit., str. 1075.

54 Jednako u kontekstu moguće primjene čl. 8. Konvencije i STAŽNIK, Š., MOSTOVAC, A., Primjena čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Novi Informator, 2012., br. 6082., str. 1.-3. i 16., str. 16.

55 Za prigovore kod publicijanske tužbe v. GAVELLA, N., et al., Stvarno I., str. 623.-624., JELČIĆ, O., op. cit., str. 343.

b) ukidajući prigovor kojim se ide za tim da je posjed predmnijevanog vlasnika izgubio traženu kakvoću, c) prigovara tužiteljevu vlasništvu (*exceptio domini*) te d) prigovor svog jednakog ili jačeg prava na posjed.

U smislu čl. 8. EKLJP gotovo je nemoguće govoriti o prigovorima posjednika slijedeći nomenklaturu našeg nacionalnog uređenja. Pored bitnih razlika u odnosu na *supra* analiziran pojam objekta vindikacijskoga zahtjeva (stvar - dom), u konvencijskom smislu pitanje peremptornih prigovora gotovo se uopće ne problematizira. Zapravo se, ovoj vrsti prigovora koji polaze od prava vlasništva stvari i činjenice da se ista nalazi u posjedu tuženika oduzima relevantnost kada postoje određene pretpostavke koje imaju za posljedicu povredu prava na poštovanje doma. Određena mjera usporedivosti postojala bi u vezi s dilaturnim prigovorima tako što bi bilo moguće tvrditi da je riječ o prigovorima tuženika kako ima pravo koje ga ovlašćuje da posjeduje predmet vindikacijskog zahtjeva, tj. pravo da se poštuje njegov dom shvaćen onako kako ga tumači Europski sud primjenjujući čl. 8. Konvencije. Imajući u vidu da se *testiranjem* određenog pitanja (prigovora) treba odrediti spada li u djelokrug čl. 8. st. 1. Konvencije te je li uplitanje države u vezi s tim pitanjem u skladu sa zahtjevima iz čl. 8. st. 2. EKLJP, osnovanost prigovora temeljila bi se na utvrđenju da je riječ o zaštiti prava na poštovanje doma u odnosu na koje je došlo do tzv. miješanja u pravo, odnosno (ako je država propustila izvršiti pozitivnu obvezu) ograničenja prava propuštanjem, a miješanje ili propuštanje nije bilo u skladu sa zakonom, odnosno jednim od legitimnih ciljeva taksativno navedenih u st. 2., čl. 8. Konvencije, razmjerno, te nužno u demokratskom društvu.

Za utvrđenje da je došlo do tzv. miješanja u pravo na poštovanje doma, odnosno ograničenje toga prava propuštanjem, potrebno je da miješanje ili propuštanje nije bilo u skladu sa zakonom, ili da nije zadovoljen kriterij legitimnih ciljeva, ili da je nerazmjerno, ili da nije bilo nužno u demokratskom društvu.⁵⁶ Dakle, ako bi do toga došlo, vlasnikovom zahtjevu za povrat mogao bi se uspješno protiviti posjednik koji bi tvrdio da u konkretnom slučaju, a budući je u pitanju njegov dom, ima pravo na poštovanje toga doma i njegovu zaštitu od povreda učinjenih protivno dopuštenim ograničenjima. Lepeza mogućih prigovora bit će najjasnija prikažu li se slučajevi u kojima je u ovom pravcu odlučivao Sud.

⁵⁶ U teoriji se kao najčešći oblici *miješanja* u pravo na poštovanje doma navode: a) namjerno uništavanje doma (*Selçuk i Asker protiv Turske*, presuda od 24. travnja 1998., br. 23184/94 i 23185/94), b) odbijanje zahtjeva za povratak raseljenih osoba u njihove domove (*Cipar protiv Turske* (bilj. 33)), c) pretraga kuće (*Murray protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda [VV] od 28. 10. 1994., br. 14310/88), d) ostale vrste ulaženja u prostorije (*Evcen protiv Nizozemske*, odluka od 3. 12. 1997., br. 32603/96), e) prebivanje u prikolici na zemljištu koje nema lokacijsku dozvolu (romski predmeti), d) obvezujući nalog vlasnicima da prodaju svoje zemljište/imovinu u javnom interesu ili će im ona biti oduzeta (*Howard protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 18. 10. 1985., br. 10825/84), d) prisluškiivanje telefona (*Klass i drugi protiv Njemačke*, presuda od 6. 9. 1978., br. 5029/71), te f) propust da se zaštite osobne stvari koje čine dio doma (*Novoseletskiy protiv Ukrajine*, presuda od 22. 2. 2005., br. 47148/99). Prema: OMEJEC, J., op. cit., str. 942.

4. Struktura konvencijskih *prigovora s naslova prava na poštovanje doma*

4.1. *Općenite naznake*

U službi ovog rada, predmeti koji se tiču zaštite prava na poštovanje doma, pa tim i prigovora koje su podnositelji zahtjeva upućivali, odnosno razloga zbog kojih su tvrdili da je ovo njihovo pravo povrijeđeno, mogu se podijeliti sljedeće:

4.1.1. Slučajevi u kojima su državna tijela izravno, svojim djelovanjem povrijedila pravo na poštovanje doma tako što je došlo do *gubitka* doma podnositelja zahtjeva (npr. *Cipar protiv Turske, Moldovan i drugi protiv Rumunjske (br. 2)*, tzv. slučaj *Hadareni*).⁵⁷ Riječ je o slučajevima u kojima su državna tijela bila izravno uključena u *uništavanje* kuće (doma) podnositelja zahtjeva ili njihovo iseljenje bez ikakve pravne osnove. U ovim je predmetima praksa Suda najujednačenija, budući da je Sud u takvim postupanjima uvijek našao da je došlo do povrede prava na poštovanje doma podnositelja zahtjeva.

4.1.2. Predmeti u kojima su državna tijela provođenjem pozitivnih domaćih propisa dovela podnositelje zahtjeva u stanje u kojem *gube* svoje domove, a koji se (ti pozitivni propisi odnosno određene odredbe) upravo zbog posljedica koje imaju (učinaka koje polučuju na pravo na poštovanje doma) preispituju pred Europskim sudom. Kako je *supra* navedeno, za Sud nije odlučno je li podnositelj stvorio dom u pravnom smislu (dovoljno je da je riječ o domu u faktičnom smislu), pa se zbog toga ispituje *razmjernost* nacionalnih mjera (propisa, odredbi) kojima podnositelj ostaje bez doma, unatoč činjenici što je podnositelj dom i nezakonito *stvorio* ili je izgubio pravnu osnovu prema kojoj je zakonito boravio u njemu. Predmeti iz ove skupine mogu se podijeliti na dvije podskupine. Na najopćenitijoj razini može se reći da je riječ o slučajevima u kojima je utvrđena povreda prava na poštovanje doma u postupcima koji bi odgovarali našim postupcima ovrhe radi ispražnjenja i predaje nekretnine, bilo da je riječ o: a) postupcima koji se vode upravo radi prisilnog ostvarenja vindikacijske kondemncije kojom je ovrhovoditelj ovlašten tražiti da se ovršenik (podnositelj zahtjeva) koji to nije dobrovoljno učinio iseli iz nekretnine i da mu se ista preda, odnosno b) takvim postupcima radi prisilnog ostvarenja novčane tražbine gdje se ovršenik iseljava iz nekretnine nakon što je ista prisilno otuđena tako da je kupac

57 Presuda od 12. 7. 2005., br. 41138/98, 64320/01. Sažeto su činjenice slučaja sljedeće: Godine 1993. došlo je do sukoba između mještana iz mjesta Hadereni, trojice romske pripadnosti s mještanimom neromom. U sukob se uključio mještanimom nerom, kojeg su Romi izboli na smrt. Tri su se Roma potom sakrila u najbližu kuću, a slijedili su ih brojni mještanimom, a među njima i policijski zapovjednik i nekoliko policajaca koji su se skupili ispred kuće u kojoj su se nalazili i napala ih. Dva su Roma ubijena, dok je treći ostao zatočen u kući koja je spaljena. Sljedećeg dana je još 13 romskih kuća potpuno uništeno. Romi su tvrdili da su dok su se pokušavali vratiti kućama gadani kamenjem. Kasnije su podnijeli kaznene prijave i protiv šest policijskih službenika, no sve su odbačene, dok su po ostalim prijavama vođeni postupci u kojima je naglašavano agresivno ponašanje Roma, pa su dosuđene kazne za ubojstva i spaljivanje kuća bile vrlo blage. Rumunjske vlasti su tvrdile kako su naknadno obnovile romske kuće, no iz fotografija koji su priložili Romi bilo je jasno kako su kuće ostale neuseljive.

postao vlasnik koji je ovlašten tražiti da mu se preda u posjed njegova nekretnina. Kako su ovi predmeti i najzanimljiviji, posebice u dijelu koji se ne podudara s našim uređenjem, *infra* će biti posebno prikazani.

Nužno je spomenuti i sljedeće predmete koji se tiču zaštite prava na poštovanje doma:

4.1.3. Predmeti u kojima su državna tijela *propustila* zaštitu podnositelja zahtjeva čije je pravo na poštovanje doma ugroženo od drugih pravnih subjekata, odnosno *nedjelovanjem* državnih tijela (*Pibernik protiv Hrvatske, Cvijetić protiv Hrvatske, Kunić protiv Hrvatske*).⁵⁸ U ovim slučajevima dolaze do izražaja, ne samo pozitivne obveze države, već i tzv. *horizontalne obveze*, odnosno dužnost države da zaštiti pravo na poštovanje doma određenog pravnog subjekta (podnositelja zahtjeva) od povreda koje su učinili drugi pravni subjekti, a ne samo državna tijela. U konkretnim, naprijed navedenim slučajevima, podnositelji zahtjeva ustali su tužbama radi zaštite posjeda (predaje u posjed) nekretnina, koje su bile u vlasništvu RH-a, a na kojima su podnositelji imali posjed dok im treće osobe isti nisu neovlašteno oduzele. U ovim je predmetima povredu čl. 8. Konvencije Sud našao u tomu što je država propustila djelovati, odnosno nije zaštitila podnositelje tako što nije učinkovito provela ovrhu na temelju pravomoćnih i ovršnih domaćih sudskih odluka ishodenih radi zaštite posjeda zbog oduzimanja. Dakle, naložena je uspostava ranijeg posjedovnog stanja - iseljenjem trećih osoba iz nekretnine.

4.1.4. Predmeti u kojima su podnositelji zahtjeva tražili od Suda da „uzme u obzir“ njihovu „pojedinačnu“ situaciju tako da *nametne* državama obvezu poštivanja prava na dom na način da im se isti osigura (pruži). Ovo je najnovija skupina slučajeva u kojima se može govoriti o ulaženju u socijalno-ekonomsku sferu zaštite ljudskih prava. Slikovito bi se moglo reći da je u ovom dijelu praksa Suda tek u povojima, budući da je do nedavno Sud ovakve predmete proglašavao nedopuštenima (izvan djelokruga zaštite čl. 8. Konvencije) pozivajući se na *činjenicu* da se Konvencijom ne jamči nikome pravo na dom prema vlastitom izboru (stanovanje, v. *Burton protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Marzari protiv Italije, O'Rourke protiv Ujedinjenog Kraljevstva*).⁵⁹ U navedenim predmetima Sud je, nalazeći zahtjeve nedopuštenima, naglasio činjenicu da su državna tijela ipak *ranjivim pojedincima* pružila određeni oblik smještaja ili da su sami odgovorni zbog gubitka istog koji im je bio pružen. Do danas se pred Sudom nisu našli predmeti u kojima država ne bi pružila takav oblik smještaja ranjivim pojedincima, pa se može samo pretpostaviti kakva bi odluka Suda bila u tim slučajevima, odnosno bi li Sud „išao tako daleko“ da preispituje pružanje smještaja osobama koje spadaju u ugrožene društvene skupine.

4.2. Posebno o prevagi načela razmjernosti i izostanka nužnosti nad valjanom pravnom osnovom

58 *Pibernik protiv Hrvatske*, presuda od 4. 3. 2004., br. 75139/01, *Cvijetić protiv Hrvatske*, presuda od 26. 2. 2004., br. 71549/01, *Kunić protiv Hrvatske*, presuda, 11. 1. 2007., br. 22344/02.

59 *Burton protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, odluka od 10. 9. 1996., br. 31600/96; *Marzari protiv Italije*, odluka od 4. 5. 1999., br. 36448/97; *O'Rourke protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, odluka od 26. 6. 2001., br. 39022/97.

Kada se *supra* govorilo o strukturi konvencijskih prigovora, kao posebno zanimljivi naznačeni su oni koji su navedeni u vezi s pitanjem povrede prava na poštovanje doma u postupcima koji bi se mogli svrstati u one radi prisilnog ostvarenja nenovčane tražbine ispražnjenjem i predajom nekretnine, dakle radi prisilnog ostvarenja čistog vindikacijskoga zahtjeva (npr. *Yordanova protiv Bugarske*, „*UK Roma slučajeve*“, *Bjedov protiv Hrvatske*,⁶⁰ *Paulić protiv Hrvatske*, *Ćosić protiv Hrvatske*,⁶¹ i sl.). U drugoj se skupini nalaze oni radi prisilnog ostvarenja novčane tražbine ovrhom na nekretnini, a u kojima se također, javlja pitanje povrede, odnosno zaštite prava na poštovanje doma (npr. *Tuleshov protiv Rusije*, *Zehenter protiv Austrije*, *Rousk protiv Švedske*).

Ono što im je slično je to što se, zapravo, u svim ovim slučajevima radi o iseljenju osoba koje su bez pravne osnove u domu bilo da je nikad nisu imale, bilo da je ona otpala.

4.2.1. U ovoj su skupini predmeta najznačajniji oni koji se tiču pitanja, tzv. *land development control* u Ujedinjenom Kraljevstvu gdje su brojni Romi ostali bez doma zbog zakonitih radnji državnih tijela.⁶² Stoga su tražili ili da se izmjeni regulativa za izdavanje građevinske dozvole ili da im država osigura alternativni smještaj.⁶³ Europski sud je našao da uistinu postoje negativni učinci na podnositelje zahtjeva u ovim predmetima, no „prevagu“ je, ipak, dao interesima države i slobodnoj procjeni koju država uživa u pitanju izdavanja dozvola, pa je samo u rijetkim predmetima utvrdio povredu čl. 8. Konvencije i to isključivo zbog izostanka, tzv. postupovnih jamstava.⁶⁴

Međutim, u jednom od najnovijih predmeta koji su se ticali prava romskih obitelji na poštovanje doma,⁶⁵ Sud je našao da je došlo do povrede ovog prava, iako su države djelovale u okviru zakona i slijedile legitimne ciljeve. Riječ je o predmetu *Yordanova protiv Bugarske*.⁶⁶ Europski je sud, razmatrajući tvrdnje podnositelja

60 *Bjedov protiv Hrvatske*, presuda od 29. 5. 2012., br. 42150/09.

61 *Ćosić protiv Hrvatske*, presuda od 15. 1. 2009., br. 28261/06.

62 *Buckley protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (bilj. 19), *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (bilj. 19), *Connors protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (bilj. 19), *Coster protiv Ujedinjenog Kraljevstva* presuda od 18. 1. 2001., br. 24876/94, te *Kay protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 21. 9. 2010., br. 37341/06.

63 U jednom je trenutku, naime, odgovarajućom regulativom određeno da zemljište (nekretninu) nije moguće koristiti (graditi) bez (građevinske) dozvole, pa kako je Romima na zemljištima gdje su imali čerge bilo praktično nemoguće ishoditi takve dozvole, bili su prisiljeni iseliti se sa zemljišta na kojima su živjeli i nekoliko desetljeća. U svim ovim predmetima podnositelji su tvrdili kako razumiju potrebu za reguliranjem pitanja dozvola za korištenje zemljišta, no da ishodovanje takvih dozvola za njih ima brojne negativne posljedice, a među njima najvažniju, deložaciju (iseljenje) sa zemljišta.

64 Presude *Connors protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (bilj. 19) i *Kay protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (bilj. 62).

65 *Yordanova i drugi protiv Bugarske*, presuda od 24. 4. 2012., br. 25446/06.

66 U ovom se predmetu više (neodređen broj) osoba kojima je vraćeno pravo vlasništva zemljišta oduzetog eksproprijacijom žalilo nadležnom tijelu (općinskom vijeću grada Sofije) da su im navedena zemljišta nezakonito zaposjeli Romi. Nadležno tijelo odlučilo je vlasnicima u zamjenu ponuditi općinska zemljišta, no to nije ostvareno, već je (otprilike pet godina nakon

zahtjeva o povredi čl. 8. Konvencije, suzio polje slobodne procjene države i naglasio nužnost brige za daljnji smještaj osoba koje se imaju iseliti (deložirati, deposedirati) i to usprkos činjenici što su podnositelji zahtjeva: a) nezakonito (bez pravne osnove) boravili na nekretnini (koja je najprije bila u općinskom vlasništvu, a kasnije, zakonito, u vlasništvu određenoga pravnog subjekta) i usprkos tomu što su: b) dobili brojna upozorenja te c) imali sva postupovna jamstva. Sud je naglasio kako općinske vlasti nisu „dale nikakvo obrazloženje za deložiranje podnositelja zahtjeva osim činjenice što nezakonito žive na zemljištu koje nije u njihovom vlasništvu te kako nisu uzele u obzir tešku životnu situaciju podnositelja zahtjeva koji žive na marginama društva.“ Konačno, Sud je zaključio kako, u iznimnim slučajevima, iz prava zajamčenih čl. 8. Konvencije može proizići „obveza pružanja utočišta osobito ranjivim društvenim skupinama.“

Zanimljiv je ovdje i predmet *Paulić protiv Hrvatske* u kojem je Sud, također, našao da je došlo do povrede prava na poštovanje doma iz čl. 8. Konvencije. U konkretnom predmetu je Sud naglasio nužnost postupovnih jamstava, našavši povredu, u prvom redu zbog nedostatka istih. Naime, Sud je utvrdio povredu prava iz čl. 8. EKLJP, ne zbog toga što je smatrao da bi iseljenje podnositelja zahtjeva predstavljala povredu u smislu ove odredbe, već što su se nacionalni sudovi ograničili na odluku da podnositelj zahtjeva nije imao pravne osnove stanovati u predmetnom stanu, ali nisu dalje ispitivali razmjernost mjere koju su naložili, tj. prisilnog iseljenja podnositelja zahtjeva.⁶⁷

podnošenja zahtjeva za predaju u posjed navedenih zemljišta, 2005.) pozvalo Rome (njih oko 180, uključujući i podnositelje zahtjeva) da u roku od sedam dana ista predaju. Usprkos uložnim žalbama, nadležno tijelo naložilo je prisilno iseljenje (deposedaciju) te „izrazilo namjeru da se ishode nalozi za rušenje romskih kuća u skladu s odgovarajućim propisom.“ Podnositelji zahtjeva, potom su, od Općinskog suda u Sofiji tražili da zaustavi njihovo iseljenje (odgovarajuću privremenu mjeru) do donošenja odluke po žalbi, a što je sud i učinio. Naknadno je Odbor koji je predstavljao romske stanare s općinskim vlastima zaključio sporazum prema kojem se općina obvezala ponuditi Romima alternativni smještaj, no ona u tom pravcu nije poduzela nikakve korake. U međuvremenu je općinski sud, postupajući prema žalbi nadležnog tijela, donio odluku kojom je utvrdio da je nalog za iseljenje zakonit, a protiv koje su podnositelji zahtjeva uložili žalbu. Viši sud (Vrhovni upravni sud) potvrdio je navedenu odluku. U navedenim odlukama sudovi su zauzeli stajalište da je iseljenje zakonito budući da podnositelji zahtjeva nisu dokazali postojanje pravne osnove na temelju koje imaju nekretninu u posjedu. Naime, smatraju li podnositelji zahtjeva da imaju valjanu pravnu osnovu za držanje nekretnine, trebali bi svoje pravo dokazati odgovarajućim javnim ispravama (npr. onima koje je sastavio javni bilježnik) ili pokrenuti odgovarajuće parnične postupke radi utvrđenja tih. Kako to nisu učinili, a imajući u vidu da se njihove kuće nalaze na zemljištu u vlasništvu općine, a pravila bugarskoga stvarnog prava ovlašćuju vlasnika da vindikacijskim zahtjevom traži povrat svoje nekretnine, podnositelji zahtjeva odbijeni su sa svojim zahtjevima pred nacionalnim sudovima. K tomu, domaći su sudovi, ocijenili kao neodlučan prigovor podnositelja zahtjeva da ne bi trebali biti iseljeni jer već desetljećima žive u toj četvrti uz odobrenje vlasti, kao i njihove argumente koji su se zasnivali na načelu razmjernosti.

67 Podnositelj zahtjeva koji je živio u Požegi i kao civilna osoba bio je zaposlen u tadašnjoj JNA-a na korištenje je u kolovozu 1991. dobio stan (tada u vlasništvu JNA-a). Uredbom vlade RH-a iz listopada iste godine, sva je imovina bivše JNA-a postala vlasništvo RH-a (tako i stan - nekretnina koju je koristio podnositelj). Podnositelj zahtjeva u međuvremenu napušta JNA-a i stavlja se na raspolaganje hrvatskoj vojsci. Na temelju Zakon o prodaji stanova na kojima

U tom je pravcu Sud naveo: „... jamstva Konvencije zahtijevaju da miješanje u podnositeljevo pravo na poštovanje doma ne bude samo utemeljeno na zakonu, već i razmjerno s legitimnim ciljem koji se želi postići određenom mjerom, temeljem st. 2., čl. 8. Konvencije, posvećujući pozornost posebnim okolnostima predmeta. Nadalje, nijedno pravilo domaćeg prava ne bi trebalo tumačiti i primjenjivati na način nespojiv s obvezama RH-a temeljem Konvencije ... U vezi s tim, Sud ponavlja, kako bi svakoj osobi kojoj prijete rizik od miješanja u poštovanje njezina prava na dom, načelno trebalo biti omogućeno da nezavisni sud ocijeni razmjernost i razumnost mjere s obzirom na relevantna načela prema čl. 8. Konvencije, neovisno što ta osoba nema, temeljem domaćeg prava, pravo na stanovanje u stanu ... Kako je već istaknuto, Sud ne prihvata da bi priznavanje prava posjednika da otvori pitanje na temelju čl. 8. imalo ozbiljne posljedice za funkcioniranje nacionalnog sustava ili nacionalnog prava koje uređuje odnose stanodavaca i stanoprimaca...“⁶⁸

Slijedom navedenog, Sud je našao kako odgoda ovrhe zbog bolesti sina podnositelja zahtjeva ne ispunjava zahtjev razmjernosti u vezi s nalogom za iseljenje (rješenja o ovrsi), odnosno da je sud odredio ovrhu radi predaje i ispražnjenja nekretnine bez da je utvrdio razmjernost te mjere, zbog čega je nastupila povreda čl. 8. Konvencije ne pružanjem odgovarajuće procesne zaštite.

4.2.2. U ovu skupinu predmeta ulaze oni radi prisilnog ostvarenja novčane tražbine ovrhom na nekretnini (npr. *Tuleshov i drugi protiv Rusije, Zehentner protiv Austrije, Rousk protiv Švedske*), a koji se ovdje analiziraju jer se tiču iseljenja osoba koje u njemu borave točnije ovršenika bez pravne osnove (budući je nekretnina prodana kupcu) kako bi se nekretnina mogla predati kupcu (vlasniku).

Nužno je napomenuti da prema domaćem uređenju (v. čl. 108. OZ), u postupku ovrhe na nekretnini, sud u rješenju o dosudi određuje da se treba po pravomoćnosti i nakon polaganja kupovnine u zemljišnu knjigu, upisati pravo vlasništva kupca i izbrisati

postoji stanarsko pravo, a kojim je bila uređena prodaja stanova u tzv. društvenom vlasništvu i nositeljima stanarskog prava omogućeno je da pod povoljnijim uvjetima otkupe stanove na kojima su imali stanarsko pravo, podnositelj je 1997. zatražio od Ministarstva obrane sklapanje ugovora o prodaji stana. Međutim, zahtjev mu je odbijen, nakon čega je podigao tužbu pred nadležnim sudom tražeći donošenje presude kojom bi bio zamijenjen ugovor o prodaji. Usporedno, u listopadu 1997., RH-a je kao vlasnik tužbom radi ostvarenja vindikacijskog zahtjeva tražila iseljenje podnositelja zahtjeva. Ključni su navodi tužbe bili da je RH-a vlasnik stana i da podnositelj zahtjeva nikada nije stekao stanarsko pravo na predmetnom stanu (na temelju Uredbe iz srpnja 1991.), pa kako podnositelj u stanu boravi bez pravne osnove da RH-a ima pravo na povrat stvari (predaju u posjed). Postupci su spojeni i u listopadu 2000. tužba RH-a utvrđena je osnovanom, te naloženo iseljenje podnositelja, dok je podnositelj odbijen sa svojim tužbenim zahtjevom. Radi prisilnog ostvarenja navedene odluke RH-a je 2002. pokrenula ovršni postupak radi predaje i ispražnjenja nekretnine, koja je i određena rješenjem o ovrsi iz listopada 2002. U međuvremenu je podnositelj zahtjeva uložio reviziju Vrhovnom sudu te zatražio odgodu ovrhe do donošenja odluke po reviziji. Uz prijedlog za odgodu ovrhe dostavio je medicinsku dokumentaciju iz koje je proizlazilo kako njegov sin boluje od tumora na mozgu i kroničnog Hepatitisa (b). Postupajući po navedenom prijedlogu, sud je odgodio ovrhu. Vrhovni je sud u siječnju 2004. odbio reviziju, nakon čega je podnositelj zahtjeva podnio ustavnu tužbu Ustavnom sudu u travnju 2004. Ustavna tužba, kao neosnovana, odbijena je, a ovršni postupak nije nastavljen.

68 *Paulić protiv Hrvatske*, presuda od 22. 10. 2009., br. 3572/06, § 42 i 43.

prava i tereti na nekretnini koji prestaju prodajom. Upis obavlja zemljišnoknjižni sud na temelju pravomoćnog rješenja o dosudi i potvrde o polaganju kupovnine. Ovo su i pretpostavke za donošenje zaključka o predaji nekretnine kupcu. Prema čl. 127. OZ, prodajom nekretnine ovršenik gubi pravo posjeda nekretnine i dužan ju je predati kupcu odmah nakon dostave zaključka o predaji. S tim da ukidanje ili preinaka rješenja o ovrsi poslije pravomoćnosti rješenja o dosudi ne utječu na stečeno pravo vlasništva kupca (čl. 110. OZ). Iseljenje ovršenika provodi se u skladu s čl. 255. OZ *et seq.* tako da sudski ovršitelj, nakon što udalji osobe i ukloni stvari, preda nekretninu u posjed ovrhovoditelju (čl. 256. st. 1. OZ). Ispražnjenju i predaji može se pristupiti nakon proteka osam dana od dana dostave rješenja o ovrsi ovršeniku i prije njegove pravomoćnosti. Ovršeniku se u slučaju kada mu se nije mogla uredno izvršiti dostava rješenja, postavlja privremeni zastupnik (čl. 256. st. 2. OZ). Ovršenik rješenje o ovrsi, kada je u pitanju sama tražbina, može napadati iz opozicijskih razloga navedenih u čl. 50. st. 1. OZ i izvan kruga ovih razloga nije ovlašten isticati daljnje žalbene razloge.⁶⁹

U kontekstu domaćeg uređenja zanimljiva je presuda Suda donesena u predmetu *Zehentner protiv Austrije*,⁷⁰ a s obzirom na mjerodavno austrijsko pravo koje korespondira našem. U navedenom predmetu podnositeljica zahtjeva tražila je zaštitu pred Sudom tvrdeći kako je ovršnom prodajom njezina stana povrijeđeno pravo na mirno uživanje vlasništva i pravo na poštovanje doma.⁷¹ Radilo se o tomu

69 Opozicijski razlozi određeni u čl. 50. st. 1. OZ za žalbu su: a) ako je tražbina prestala na temelju činjenice koja je nastala u vrijeme kad je ovršenik više nije mogao istaknuti u postupku iz kojeg potječe odluka, odnosno nakon zaključenja sudske ili upravne nagodbe ili sastavljanja, potvrđivanja ili ovjeravanja javnobilježničke isprave (t. 9.), b) ako je ispunjenje tražbine, makar i na određeno vrijeme, odgođeno, zabranjeno, izmijenjeno ili na drugi način onemogućeno zbog činjenice koja je nastala u vrijeme kad je ovršenik više nije mogao istaknuti u postupku iz kojega potječe odluka, odnosno nakon zaključenja sudske ili upravne nagodbe ili sastavljanja, potvrđivanja ili ovjeravanja javnobilježničke isprave (t. 10.), i c) ako je nastupila zastara tražbine o kojoj je odlučeno ovršnom ispravom (t. 11.).

70 *Zehentner protiv Austrije*, presuda od 16. 7. 2009., br. 20082/02.

71 Podnositeljica je rođena je 1944. te živi u Beču. U kolovozu 1998. Općinski sud u Beču, nakon skraćenog postupka, naložio je podnositeljici da plati 7.440,00 EUR za obavljene vodoinstalatere radove u stanu. U svibnju 1999. udovoljeno je prijedlogu za ovrhu - ovrhom na nekretnini radi namirenja navedene tražbine i troškova (2.150,00 EUR). Podnositeljici je rješenje dostavljeno na adresu stana na kojem je određena ovrhe, no kako joj dostava nije mogla biti izvršena, obavljena je u ovlaštenom poštanskom uredu. U srpnju 1999. određeno je ročište za dražbu o kojem je podnositeljica izvještena na isti način. Javna dražba, kojoj podnositeljica nije prisustvovala, održana je u studenom 1999. Namirenje ovrhovoditelja (i vjerovnika) provedeno je u siječnju 2000., a u veljači 2000. podnositeljica je iseljena iz stana. U travnju 2000. Općinski sud je rješenje o ovrsi (dosudi) dostavio skrbniku podnositeljice. Na njega se podnositeljica (po skrbniku) žalila navodeći da je u tijeku postupak lišenja poslovne sposobnosti i imenovanja skrbnika zbog čega je rješenje o ovrsi (i dosudi) ništetno, jer da nije mogla sudjelovati u postupku te da ovrhu treba obustaviti. U međuvremenu, u ožujku 2000., podnositeljica je doživjela živčani slom i mjesec dana provela u psihijatrijskoj bolnici. S ovim u vezi, zapravo je, i pokrenut postupak za lišenje poslovne sposobnosti i imenovanja skrbnika, pa je u ožujku 2000. podnositeljici imenovan privremeni skrbnik. U svom je izvješću, medicinski vještak naveo kako podnositeljica od 1994. boluje od paranoidnih psihoza te kako nije bila u stanju samostalno donositi odluke, posebice one koje se tiču pitanja stanovanja. U svibnju 2005. stavljena je pod trajno skrbništvo. Općinski sud odbio je žalbu podnositeljice po

da podnositeljica zbog smanjenja sposobnosti za rasuđivanje i duševne bolesti, a zbog čega je i lišena poslovne sposobnosti, nije mogla sudjelovati u postupku ovrhe na nekretnini. Ključno je, međutim, za predmet to što austrijsko pravo (kao i naše) ne dopušta nakon što rješenje o dosudi nekretnine postane pravomoćno i istekne rok za moguću žalbu, te kupac stekne pravo vlasništva, preispitivanje (preinačavanje ili ukidanje) rješenja o ovrsi, odnosno preispitivanje ovršne isprave temeljem koje je određena ovrha na nekretnini.⁷² Zapravo se raspravljalo, opravdavaju li u konkretnom slučaju zahtjevi pravne sigurnosti i zaštita *bona fide* kupca miješanje u pravo na poštovanje doma podnositeljice zahtjeva i je li to miješanje zadovoljilo pretpostavke koje traži konvencijsko pravo.

Najprije našavši da je u pitanju dom podnositeljice, Sud je istaknuo kako prodaju stana i iseljenje treba smatrati miješanjem u prava iz čl. 8. Konvencije. Nadalje, iako je, miješanje bilo u skladu sa zakonom i slijedilo legitiman cilj, postavilo se pitanje njegove razmjernosti i nužnost u demokratskom društvu. Miješanje je nužno ako slijedi hitnu društvenu potrebu te ako je razmjerno legitimnom cilju koji se želi postići. Premda je na nacionalnim tijelima da izvrše prvotnu procjenu nužnosti, u konačnici je procjena nužnosti na Sudu. Ističući polje slobodne procjene koje uživaju države, jednako kao i u predmetu *Rousk* (v. *infra* gdje je ovo detaljno objašnjeno) napomenuto je, da kada je riječ o miješanju u prava koja su ključna za učinkovito uživanje pojedinca u njegovoj najintimnijoj sferi, to polje valja suziti. Posebno je naglašeno da je za utvrđenje je li država djelovala u okviru polja slobodne procjene značajno pitanje dostupnosti postupovnih jamstva pojedincima. Naime, odlučivanje u postupcima koji imaju za posljedicu miješanje u (zaštićeno) pravo mora biti pravično i pri tomu valja voditi računa o interesima pojedinca. Kada se radi o najtežem obliku miješanja u pravo na poštovanje doma (iseljenje) nužno je da je neovisno tijelo odlučilo o razmjernosti mjere prodaje i iseljenja iz stana.⁷³

skrbniku protiv rješenja o dosudi (ovrsi). Po nalogu županijskog suda bio je dužan i ispitati je li podnositeljica uistinu bila onemogućena sudjelovati u ovršnom postupku od lipnja 1999. kada joj je dostavljeno rješenje o ovrsi. Na zahtjev podnositeljice ispitivao je i valjanost same ovršne isprave (presude) i našao da s obzirom na navedene razloge nije valjana, temeljem čega je u listopadu 2000. podnositeljica tražila da se ovrha obustavi što je odbijeno. Žalbu je odbijena i po županijskom sudu, kao i sve daljnje. Podnositeljica zahtjeva se potom žalila Vrhovnom sudu, pozivajući se na nemogućnost sudjelovanja u postupcima zbog gubitka poslovne sposobnosti, ali je i na ovoj instanci odbijena.

72 Austrijska vlada je, prije svega, tvrdila kako je sporno predstavlja li predmetni stan uopće dom podnositeljice u smislu čl. 8. Konvencije, tvrdeći kako ga je ista namjeravala dati u najam. Nadalje, da ovršna prodaja ne znači nužno i promjenu okolnosti stanovanja podnositeljice, već samo gubitak vlasništva nad stanom. Podredno, čak i ako bi Sud utvrdio da se radi o domu podnositeljice, da je miješanje u pravo na poštovanje doma bilo temeljeno na zakonu i imalo legitiman cilj zaštite prava drugih osoba (vjerovnika podnositeljice zahtjeva). Što se tiče nužnosti miješanja, vlada se pozivala na široko polje slobodne procjene koju uživa u pitanjima socijalne politike. U vezi s tim navodim Sud je istaknuo kako pitanje predstavlja li određeni prostor dom u smislu čl. 8. Konvencije ovisi o činjeničnom stanju. U konkretnom predmetu, pored činjenice da su se sudske odluke podnositeljici dostavljale na adresu spornog stana te s obzirom na to da je podnositeljica u konačnici iseljena iz tog stana, nije našao razloge dvojiti kako je predmetni stan dom podnositeljice zahtjeva.

73 Vraćajući se na činjenice konkretnog predmeta, Sud je naglasio da je odluka o prodaji stana

Sud je prihvatio navode austrijske vlade o potrebi zaštite *bona fide* kupca iz razloga pravne sigurnosti - ustanovljenjem prekluzivnog roka za žalbu (utvrđenje ništetnosti). Međutim, naglasio je ranjivost osoba bez poslovne sposobnosti i pozitivne obveze države da u skladu s čl. 8. Konvencije pruže posebnu zaštitu takvim osobama. Stoga bi, prema stajalištu Suda, usprkos postojanju opravdanih razloga za propisivanje takvih rokova, trebale postojati iznimke kada su u pitanju osobe bez poslovne sposobnosti. Iako smatra da je jedan od najvažnijih aspekata vladavine prava upravo pravna sigurnost koja, između ostalog, zahtijeva i nemogućnost pobijanja pravomoćne sudske odluke, Sud smatra da mogu i trebaju postojati iznimke u izvanrednim situacijama kao što je u konkretnom predmetu. Niti zaštita *bona fide* kupca, niti opći interes očuvanja pravne sigurnosti ne predstavljaju dovoljno snažno opravdanje za prevagu nad interesima ranjive podnositeljice zahtjeva koja je ostala bez doma i mogućnosti aktivnog sudjelovanja u postupcima u kojima ga je lišena. Stoga je Sud smatrao kako je, primarno zbog nedostatka postupovnih jamstava, došlo do povrede zahtjeva razmjernosti.

U predmetu *Rousk protiv Švedske*⁷⁴ podnositelj zahtjeva zatražio je 2004. od Europskog suda zaštitu zbog povrede prava iz čl. 1. Protokola 1. (pravo na mirno uživanje vlasništva), te čl. 8. Konvencije (o kojem se nastavno govori).⁷⁵ Radilo

donesena u skraćenom postupku. Premda taj način odlučivanja može biti učinkovit s aspekta provedbe ovrhe, Sud je doveo u sumnju brigu o interesima ovršenika posebice jer se radilo o namirenju vrlo male tražbine. Iako njegova namjera nije bila ispitivati način postupanja (namirenja) općenito, Sud je naglasio da je za podnositeljicu zahtjeva upravo ta vrsta postupka bila odlučna. Nadalje, dostupnom dokumentacijom, utvrđeno je da je podnositeljica zahtjeva bila poslovno nesposobna godinama prije same ovršne prodaje, pa se zato nije mogla žaliti i na sudsku odluku kojom je utvrđena tražbina, i na odluku o određivanju i provedbi ovrhe. Iako je, naime, točno da nacionalni sudovi nisu mogli znati za gubitak poslovne sposobnosti podnositeljice, prema mišljenju Suda, trebali su nakon saznanja za činjenicu da je podnositeljici dodijeljen skrbnik postupati u skladu s tim saznanjem.

74 *Rousk protiv Švedske*, presuda od 25.7.2013., br. 27183/04.

75 Kako je podnositelj umro 2011. postupak je nastavila njegova supruga. Podnositelj zahtjeva bio je vlasnik obrta i kao takav dužan svake godine podnositi prijavu poreza na dohodak. Tako je navedenu prijavu za 2001. trebao podnijeti najkasnije do ožujka 2002., što je propustio, pa mu je u srpnju 2002. Porezna uprava u Stockholmu naložila da prijavi i plati porez na dohodak u roku od dva tjedna po primitku rješenja. Podnositelj nije postupio u skladu s naloženim, zbog čega ga je Porezna uprava izvijestila kako će ona prema slobodnoj ocjeni odrediti njegove prihode o čemu se može očitovati u roku od dva tjedna. Kako se podnositelj zahtjeva ponovno propustio očitovati, učinjenom procjenom prihoda Porezna uprava razrezala mu je iznos dugovanog poreza na dohodak (27.000,00 EUR) i odredila da je isti dužan namiriti do veljače 2003. uz mogućnost ulaganja prigovora. Podnositelj zahtjeva ponovno nije postupio po naloženom, te nije namirio dospjelu poreznu tražbinu, niti na bilo koji način prigovorio navedenoj odluci. Budući da je prema švedskim nacionalnim pravilima, rješenje kojim je utvrđen porezni dug ovršna isprava, nakon što je ista postala ovršna (tražbina poreza dospjela i ovršiva), u travnju je 2003. predložena ovrha. Nadležno tijelo (u svibnju 2003.) odredilo je ovrhu radi prisilnog ostvarenja novčane tražbine (poreznog duga) i to ovrhom na nekretnini podnositelja u kojoj je živio sa suprugom. Tek nakon što mu je dostavljeno rješenje o ovrsi, podnositelj je prvi put uložio prigovor (kolovoz 2003.) tvrdeći kako dotada nije dobio nikakvu odluku nadležnih tijela, a posebno navodeći kako bi ovrha na nekretnini bila nerazmjerna mjera zbog koje bi njegova supruga i on trpjeli ozbiljne ekonomske, socijalne i zdravstvene posljedice. Naime,

se o prisilnom ostvarenju novčane tražbine poreznog duga ovrhom na nekretni podnositelja zahtjeva, odnosno prodajom nekretnine u njegovu vlasništvu, a koja je ujedno bila i u funkciji doma podnositelja.

Utvrđenje je Suda da prodaja nekretnine i iseljenje podnositelja, uistinu, predstavljaju miješanje u pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, čime je podnositelj ostao bez doma u smislu čl. 8. Konvencije. Međutim, Sud je naglasio, kako je iseljenje podnositelja bilo zakonito, čime je ispunjen uvjet zakonitosti, te kako je zadovoljen i zahtjev postojanja legitimnog cilja, koji je bio zaštita prava i sloboda drugih, konkretno kupca nekretnine, kao i ekonomske stabilnosti zemlje, koja se postiže prikupljanjem poreza.

Međutim, ključno pitanje koje je postavljeno bilo je, je li miješanje u pravo podnositelja zahtjeva bilo nužno u demokratskom društvu i razmjerno, odnosno razmjerno legitimnim ciljevima kao odgovor na hitnu društvenu potrebu. Kao što je već navedeno u predmetu *Zehentner*, iako je zadaća procjene inicijalne nužnosti na nacionalnim tijelima, konačna ocjena, jesu li navedeni razlozi relevantni i dovoljni za dopušteno ograničenje prava prema Konvenciji je na Sudu. I ovdje je Sud naglasio kako država uživa određeno polje slobodne procjene budući da je u boljem položaju negoli Sud procijeniti lokalne uvjete i potrebe. Međutim, polje slobodne procjene ovisi o činjenicama konkretnog slučaja i o prirodi konvencijskog prava, a u odnosu na njegovu značaj na pojedinca i javni interes. Stoga je polje slobodne procjene uže kada je riječ o pravu ključnom kako bi pojedinac uživao u svojim najintimnijim pravima. Imajući na umu sve navedeno, Sud je smatrao da gubitak doma predstavlja najekstremniji oblik miješanja u pravo na poštovanje doma. Svaka osoba kojoj prijete rizik od miješanja u njezino pravo na poštovanje doma trebala bi imati dostupno

kako već godinama pati od depresije od koje se i liječi od veljače 2003., da mu se tek naknadno zdravstveno stanje poboljšalo, a od kada da je i počeo rješavati situaciju s poreznim dugom. Na ove je okolnosti priložio i medicinsku dokumentaciju. Također je izvijestio Poreznu upravu i o drugim dugovanjima koje ima. Nadležni sud, u kolovozu 2003., odbio je njegov prigovor, navodeći kako, pored činjenice postojanja ovršne isprave, ne može ulaziti u navedene žalbene razloge. Istu je odluku donio i viši sud odlučujući po žalbi uloženoj protiv prvostupanjske odluke, nakon čega podnositelj nije poduzeo nikakve daljnje pravne radnje. U odnosu na daljnje utvrđenje dohotka podnositelja zahtjeva i pripadajućih poreznih tražbina, svi su kasniji zahtjevi podnositelja zahtjeva razmatrani, no u konačnici su porezna tijela ostala pri odluci o stanju duga podnositelja zahtjeva. U međuvremenu, u lipnju 2003. tijelo zaduženo za provedbu ovrhe donijelo je odluku o prodaji nekretnine podnositelja zahtjeva i ročištu javne dražbe (rujan 2003.), o čemu je izvješten. Procjena nekretnine obavljena je u srpnju 2003., kada je i podnositelj zahtjeva zatražio odgodu ovrhe na rok od dva mjeseca budući da je u cijelosti namirio dugovanu tražbinu s naslova poreza, osim poreza na dohodak. Prijedlog za odgodu ovrhe je odbijen, kao i svi daljnji zahtjevi podnositelja zahtjeva, a nekretnina prodana kupcu u rujnu 2003. Naknadno se podnositelj zahtjeva žalio svim sudskim instancama, no sve su žalbe odbačene kao nedopuštene. U listopada 2003. naloženo je podnositelju da se iseli iz nekretnine, što je on odbio, nakon čega je određeno prisilno iseljenje. Protiv navedene odluke podnositelj je uložio žalbu koja je odbijena, te je u konačnici zajedno sa suprugom deložiran iz stana. Iz kupovnine namirena je dugovana tražbina, a razlika koja je preostala vraćena podnositelju zahtjeva. Bitno je naglasiti i kako je prije rasprave pred Europskim sudom, Švedska ponudila podnositelju zahtjeva 80.000,00 EUR kao ispriku za neugodnosti koje mu je prouzročila prodaja nekretnine.

neovisno tijelo koje će ispitati razmjernost mjera u svjetlu bitnih načela utvrđenih čl. 8. Konvencije. Također, proces odlučivanja koji je doveo do miješanja treba biti pravičan, pa Sud posebnu pozornost posvećuje pitanju pravičnoga postupka.

Stoga, iako je Sud prihvatio kako prodaja nekretnine može biti nužna radi namirenja tražbine poreznog duga, uključujući i dom podnositelja zahtjeva, naglasio je kako takve mjere moraju biti provedene tako da je pravo pojedinca na dom pravilno razmotreno i zaštićeno. Vraćajući se na konkretan predmet, naglasio je kako niti jedan sudski postupak nije bio završen prije nego je nekretnina stavljena na dražbu što može biti u interesu učinkovite provedbe ovrhe. No Sud nije bio uvjeren da su interesi podnositelja zahtjeva primjereno zaštićeni imajući u vidu tako ekstremno miješanje u pravo na poštovanje doma. Također je naglasio da je u vrijeme provođenja ovrhe podnositelj zahtjeva već platio veliki dio duga. Nadalje, da je još uvijek u tijeku postupak po žalbi (iako je općinski sud odbio žalbu, odluka u vrijeme iseljenja još nije postala pravomoćna). Konačno, naglasio je da je, kako bi se osigurali učinkoviti i dostupni pravni lijekovi i postupovna zaštita (a ne teoretske i iluzorne), iseljenje podnositelja zahtjeva trebalo biti odgođeno najkraće do pravomoćnosti odluke općinskog suda. Također, iako je kupac nekretnine imao legitiman interes da mu se preda nekretnina u razumnom roku kao i pravnu sigurnost u pogledu izvjesnosti prodaje, da je na dražbi nekretninu kupio po nižoj cijeni od tržišne. Slijedom navedenoga, Sud je smatrao kako je, zbog nedostatka postupovnih jamstava, došlo do povrede prava podnositelja zahtjeva na poštovanje doma, budući da niti prava kupca niti interesi države u konkretnom predmetu nisu prevagnuli nad onima podnositelja zahtjeva.

U predmetu *Tuleshov i drugi protiv Rusije*,⁷⁶ pet ruskih državljana, podnijelo je 2002. zahtjev Europskom sudu tvrdeći kako im je povrijeđeno pravo na mirno uživanje vlasništva iz čl. 1. Protokola br. 1. kao i pravo na poštovanje doma zajamčeno čl. 8. Konvencije do kojeg je došlo zbog iseljenja podnositelja zahtjeva.⁷⁷

76 *Tuleshov i drugi protiv Rusije*, presuda od 14.5.2007., br. 32718/02.

77 Svi podnositelji zahtjeva bili su članovi jedne obitelji, a činjenice slučaja su kako slijedi: Godine 1993. Kh je kupio je kuću od tvrtke B., koja je u početku bila poslovni prostor, no Kh ju je želio prenamijeniti u prostor za stanovanje. U to vrijeme, nekretnina nije bila opterećena nikakvim potraživanjima trećih osoba. Godine 1996., rješavajući u postupku između prodavatelja - tvrtke B. i treće osobe, općinski sud je našao kako tvrtka B. nije ispunila svoju ugovornu obvezu prema trećoj osobi, i kako je nekretnina koju je kupio Kh u ugovoru označena kao svojevrsni zalog za ispunjenje obveze. Sud je odredio prodaju nekretnine radi namirenja tražbine, budući da nije imao saznanja o tomu da je ista prodana Kh. Prodaju je proveo sudski ovršitelj i nekretnina je prodana kupcu - prvom podnositelju zahtjeva koji je ponudio najvišu cijenu. Prvi podnositelj zahtjeva nije imao saznanja o tomu da je nekretnina u vlasništvu Kh, niti je Kh znao da je kuća prodana prvom podnositelju zahtjeva. U srpnju 1996. nadležno tijelo izdalo je dozvolu za rekonstrukciju kuće, kojom ju je prvi podnositelj zahtjeva prenamijenio u stambeni prostor u koji se potom preselio s ostalim članovima obitelji. 1998. Kh je tužbom od općinskog suda tražio da se utvrdi da je on vlasnik nekretnine i osporavajući njenu prodaju prvom podnositelju zahtjeva. Prvi podnositelj zahtjeva podnio je protutužbu pozivajući se na svoj naslov, odnosno vlasništvo nad nekretninom. U lipnju 1998 općinski sud je presudio kako je prodaja kuće prvom podnositelju zahtjeva bila nezakonita te je istu proglasio ništetnom, istovremeno nalažući iseljenje prvog podnositelja zahtjeva i njegove obitelji. Prvom podnositelju je dosuđen povrat novca kojim je kupio kuću te je sud i Kh naložio da mu isplati određeni iznos za izmjene učinjene na kući. Istoga dana prvom podnositelju zahtjeva i njegovoj

Podnositelji zahtjeva obratili su se Europskom sudu tvrdeći kako je iseljenje predstavljalo nerazmjerno miješanje u njihovo pravo na poštovanje doma, pozivajući se na nedovoljnu naknadu prouzročene neimovinske štete, loše uvjete alternativnog smještaja koji im je dodijeljen te značajnog kašnjenja s ovrhom sudskih odluka koje su ishodili.

Sud je prije svega utvrdio kako je stan iz kojeg su podnositelji iseljeni dom u smislu čl. 8. Konvencije te kako iseljenje predstavlja miješanje u pravo na poštovanje doma. Prihvatio je, međutim, kako je iseljenje bilo zakonito i u službi legitimnog cilja zaštite javnog interesa, odnosno zakonitog vlasnika. Također, uzeo je u obzir da je podnositeljima osiguran alternativni smještaj, no naglasio je kako im je isti pružen nakon više od dvije godine od odluke o iseljenju i mjesec dana nakon iseljenja. Zbog toga su podnositelji zahtjeva živjeli u strahu od iseljenja dulje vrijeme, te u istodobnoj neizvjesnosti hoće li im smještaj uopće biti osiguran. Konačno, da zbog kašnjenja s isplatom pravične novčane naknade (neimovinske štete) i zbog njezine visine (preniskog iznosa) nisu bili u mogućnosti sami osigurati alternativni smještaj. Slijedom navedenog, Sud je smatrao kako je miješanje u prava podnositelja zahtjeva na poštovanje doma bilo nerazmjerno legitimnom cilju koji se želio postići te je došlo do povrede prava zajamčenih čl. 8. Konvencije.

III. ZAKLJUČAK

Provedena analiza utjecaja čl. 8. Konvencije, točnije prava na poštovanje doma kao jednog od prava koje se štiti ovom odredbom na tradicionalno uređenje i „sudbinu“ vlasničkopravnog zahtjeva na povrat nekretnine onako kako je uređen pravilima našeg prava pokazala je dvije ključne točke diskursa na kojima se raščlanjuju konvencijsko i domaće uređenje.

Kao što je u radu navedeno, značajna razlika postoji s obzirom na određenje predmeta zahtjeva, gdje se pojmom doma u pravcu pružanja zaštite prava na poštovanje doma u konvencijskom pravu daje znatno šire značenje nego što je to slučaj s pojmom nekretnine (stvari) kao predmeta zahtjeva u našem pravu. Premda je gotovo neprikladno povlačiti usporedbe između ova dva pojma, smatrali smo korisnim pojasniti pojam doma u smislu čl. 8. Konvencije koji uključuje, u prvom redu, *ono* što bi se smatralo nekretninom prema funkcionalnom kriteriju - korištenju

obitelji je naloženo iseljenje. I prvi podnositelj zahtjeva i Kh su uložili žalbu, dok tvrtka B. zbog odlaska u stečaj nije podnositelju zahtjeva isplatila povrat novca za kupnju nekretnine. U kolovozu 1999. županijski sud je prihvatio presudu općinskog suda, uz izmjenu naknade za uložena sredstva koja je podnositelju Kh trebao isplatiti zbog toga što prvi podnositelj zahtjeva to nikad nije zahtijevao. Prvi podnositelj zahtjeva pokrenuo je još nekoliko postupaka, međutim svi su završili nepovoljno za njega te je njemu i obitelji 26. studenog naloženo da se isele iz stana do 6. prosinca 2002. Podnositelji zahtjeva su se žalili na iseljenje, no u konačnici su 12. listopada 2003. iseljeni. Iste godine, 19. studenog, omogućeno im je useljenje u motel gdje žive od tog dana. Ovakav smještaj im je omogućen temeljem sustava socijalnog stanarskog prava no morali su plaćati najamninu. Ministarstvo financija isplatilo je prvom podnositelju zahtjeva 2,405 EUR 16. studenog 2004., dok su smještaj u kojem su boravili procijenili stručnjaci na 2,017 EUR.

za stanovanje - u našem pravu, ali i u bitno širem značenju koje naše uređenje ne poznaje. Počevši od toga da se čl. 8. Konvencije primjenjuje na stvari koje bi prema našem pravu bilo vrlo teško držati nekretninom (primjerice romske čerge), ali i takve nekretnine koje funkcionalni kriterij - korištenja za stanovanje - svrstava u druge kategorije (primjerice poslovni prostor) očito je da je čl. 8. Konvencije pružena zaštita bitno širem krugu nekretnina i drugih stvari u službi doma od onih koje bi ulazile u ovu skupinu prema nacionalnim kriterijima, pa i kada bi oni bili upotrijebljeni.

Dakle, pojam doma u konvencijskom smislu (autonomna koncepcija) bio bi širi od pojma nekretnine, s jedne strane jer uključuje i pokretnine i svojevrsne ukupnosti stvari, a s druge, ako je riječ o nekretninama u značenju koje imaju u našem pravu, pa kada se nekretnine promatraju prema kriteriju funkcije, i takve nekretnine koje ne bi bile u funkciji stanovanja.

Osim što se nekretnine u smislu čl. 8. Konvencije raslojavaju s obzirom na *vrstu* i *funkciju* nekretnine (i drugih stvari) u službi doma, gdje se bitnim drži potpadanje pod kategoriju doma (koji se određuje činjenično i prema kriteriju neposredne i trajne veze o čemu je detaljnije bilo riječi), za primjenu čl. 8. Konvencije i zaštitu prava na poštovanje doma nije odlučno niti to je li osoba čiji je dom u pitanju u domu s ili bez (valjane) pravne osnove.

Ovo je sljedeća značajna razlika između hrvatskoga i konvencijskog uređenja. Naime, kada je u pitanju dom u kojem osoba boravi temeljem valjane pravne osnove može se govoriti o određenoj usporedivosti sa zaštitom koja se takvom posjedniku pruža i u našem pravu. Bitna razlika spram nacionalnog uređenja, međutim, postoji ako je u pitanju dom osobe koja je u domu bez pravne osnove. Za razliku od našeg prava, konvencijska praksa pruža zaštitu i u tim slučajevima.

Pojednostavljeno rečeno, pravo na poštovanje doma ima i osoba koja je u nekretnini bez pravne osnove, naravno ako su ispunjene daljnje Konvencijom predviđene pretpostavke.

Ipak, zaštita prava na poštovanje doma nije apsolutna, pa postoje okolnosti kada država može ograničiti to pravo. Da bi takvo ograničenje bilo zakonito i u skladu s Konvencijom, ono mora zadovoljiti točno određene kriterije koje je razvio Europski sud svojom praksom. Sva prava koja se mogu ograničiti djeluju jednako. Pravo je zajamčeno prvim stavkom članka, dok drugi stavak utvrđuje kriterije za zakonito miješanje u zaštićeno pravo. Stoga, kada ispituje je li došlo do povrede prava na poštovanje doma (kao i svih ostalih prava zajamčenih čl. 8. - 11. Konvencije) Sud ispituje jesu li zadovoljene i materijalnopravne i procesnopravne pretpostavke za ograničenje prava.

Najprije, Sud ispituje tiče li se djelovanje, odnosno propuštanje (u slučaju pozitivnih obveza) države prava na poštovanje doma. Odgovor na ovo pitanje gotovo je uvijek potvrđan, budući da Sud, kako je naprijed navedeno, vrlo ekstenzivno tumači pojam doma.

Nakon toga, ako je odgovor potvrđan, Sud prelazi na drugo pitanje, koje glasi: Je li došlo do miješanja u pravo na poštovanje doma? I u ovom je slučaju odgovor u najvećem broju predmeta potvrđan. Napominje se da do miješanja može doći i djelovanjem javnih tijela (izravno) bilo zakonito bilo nezakonito i propuštanjem tih

tijela da zaštite pojedinca (podnositelja zahtjeva) od miješanja trećih osoba. Tako je utvrđeno da je došlo do miješanja u pravo na poštovanje doma kada su javna tijela svojim nezakonitim djelovanjem izravno utjecala na gubitak doma podnositelja zahtjeva (npr. *Cipar protiv Turske, Hadareni* slučaj), odnosno zakonitim djelovanjem (*Yordanova protiv Bugarske, Paulić protiv Hrvatske, Tuleshov i drugi protiv Rusije, Zehentner protiv Austrije*), odnosno propuštanjem djelovanja, tj. nepružanjem primjerene zaštite podnositeljima zahtjeva čije su pravo na poštovanje doma ugrozile treće osobe (npr. *Cvijetić protiv Hrvatske, Kunić protiv Hrvatske*).

Teret je dokaza u odnosu na ova pitanja na podnositelju zahtjeva. Podnositelj, naime, mora dokazati da je u pitanju njegov dom i da je došlo do miješanja u njegov dom djelovanjem, odnosno propuštanjem djelovanja javnog tijela.

U sljedećoj etapi ispitivanja teret dokaza prebacuje se na državu koja mora dokazati kako se miješanje temeljilo na zakonu, odnosno da je slijedilo jedan od taksativno navedenih legitimnih ciljeva iz čl. 8. st. 2. Konvencije, te da je bilo razmjerno, odnosno nužno u demokratskom društvu.

Sud kada ispituje temelji li se miješanje na zakonu, a budući da unutar Vijeća Europe postoji niz pravnih sustava, uzima u obzir i pisana i nepisana pravila, kao i sudske praksu stvorenu u precedentnim sustavima. Ono što je ključno za zadovoljenje kriterija zakonitosti jest da je zakon dostupan, jasan i predvidiv. Ako smatra da miješanje nije u skladu sa zahtjevom zakonitosti, Sud staje s ispitivanjem te nalazi povredu prava na poštovanje doma. Ako je kriterij zakonitosti zadovoljen, prelazi na sljedeće pitanje.

Sud u ovom stadiju ispituje postoji li prihvatljiva osnova, odnosno legitiman cilj za ograničenje prava. Napominje se da su legitimni ciljevi taksativno navedeni u čl. 8. st. 2. Konvencije, a to su: nacionalna sigurnost, javna sigurnost ili ekonomska dobrobit zemlje, sprečavanja nereda ili zločina te zaštita prava i sloboda drugih. Država, odnosno javno tijelo dužna je jasno označiti legitiman cilj kojim opravdava miješanje u pravo na poštovanje doma. Uočljivo je i da je s obzirom na zahtjev legitimnog cilja miješanja, Sud često sklon smatrati da takav razlog postoji. To stoga što su, unatoč taksativnom navođenju, legitimni ciljevi podložni vrlo širokom tumačenju čime je državama omogućeno da zaštitu gotovo svih interesa podvedu pod jedan od navedenih legitimnih ciljeva.

Etapa koja se u većini predmeta pokazala ključnom za odgovor na pitanje je li povrijeđeno pravo na poštovanje doma je ona u kojoj se ispituje je li ograničenje prava nužno, te je li razmjerno cilju koji se želio postići ograničenjem. Odgovori na ova dva pitanja, a čiji je teret dokazivanja na državi presudna su za utvrđenje je li nastupila povreda ili nije.

Vezano uz nužnosti, Sud je naveo kako „nužno“ ne znači i „neophodno“, ali niti „razumno“ ili „poželjno.“⁷⁸ Ono označava neodloživu društvenu potrebu za ograničenjem prava koja mora biti u skladu sa zahtjevima demokratskog društva.⁷⁹

Razmjernost, pak, zahtijeva postojanje razumnog odnosa između upotrijebljenih mjera i ciljeva kojima se teži. Odnosno traži da je javno tijelo upotrijebilo najmanje

78 *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva (br. 1)*, presuda od 26.4.1979., br. 6538/74.

79 INTERIGHTS, op.cit., str. 25.

moguće restriktivnu mjeru za ograničenje prava. Dakle, ograničenje (odluka o ograničenju) doneseno uz uvažavanje zahtjeva razmjernosti trebala bi „u što manjoj mjeri narušiti pravo o kojem se radi, biti pažljivo formulirana kako bi ispunila ciljeve o kojima se radi i ne smije biti arbitrarna, nepravična ili se temeljiti na iracionalnim okolnostima.“⁸⁰

Upravo je primjenjujući testove nužnosti i razmjernosti Sud našao kako je nastupila povreda prava na poštovanje doma neovisno o tomu što je iseljenje podnositelja zahtjeva iz doma tražio zakoniti vlasnik doma (*Rousk protiv Švedske, Zehentner protiv Austrije, Tuleshov i drugi protiv Rusije*). Iako je u svim ovim predmetima Sud naglasio važnost zaštite *bona fide* kupca (vlasnika) kao i potrebu zaštite općeg interesa pravne sigurnosti, unatoč tomu našao je kako ovi interesi nemaju prevagu nad pravom podnositelja zahtjeva na poštovanje doma.

80 Ibidem., str. 26.

Summary

INTERCONNECTION BETWEEN THE OWNER'S APPLICATION FOR RESTITUTION OF PROPERTY AND THE RIGHT TO RESPECT FOR HOME

In this paper, the authors discuss the methods by which the right to respect for home as guaranteed under Article 8 of the Convention has repercussions on the **vindication complaint** as regulated under the Croatian law. Significant differences concerning the object of the complaint are analysed and discussed, since under the Convention the concept of home has much broader meaning than the concept of property under the Croatian law. The authors analyse whether and up to what level the right to respect for home can be compared with the Croatian concept of dilatory exceptions. In relation to this question, the authors show how the determination of a complaint by an individual under Article 8 of the Convention necessarily involves a two-stage test. The first stage concerns the applicability of Article 8; in other words, is the right which an individual complains has been interfered with, a right to respect for home. If Article 8 is found to be applicable, the Court will question has there been interference with the applicant's right to respect for home. Finally, for this paper, the most relevant is stage two of the test where the Court questions was the interference in accordance with the law; does it pursue a legitimate aim and most importantly, was it necessary in a democratic society and proportionate?

Key words: *the owner's application for restitution of property, right to respect for home.*

Zusammenfassung

KONNEXITÄT DER VERWIRKLICHUNG DES VINDIKATIONSANSPRUCHS BEZÜGLICH DER IMMOBILIE UND DES SOG. RECHTES AUF ACHTUNG DER WOHNUNG

In der Arbeit analysieren die Autorinnen die Art und Weise, auf welche sich der Schutz der Konvention aus Art. 8 der Konvention und das Recht auf Achtung der Wohnung auf den durch die Regeln des kroatischen Rechtes geregelten Vindikationsanspruch auswirkt. Wesentliche Unterschiede bezüglich des Anspruchgegenstandes, bei welchem der Begriff der Wohnung im Sinne des Schutzes für das Recht auf Achtung der Wohnung im Konventionsrecht eine wesentlich breitere Bedeutung als der Begriff der Immobilie (Sache) im kroatischen Recht hat, werden dargestellt. Die Vergleichbarkeit des Rechtes auf Achtung der Wohnung mit dem

kroatischen Konzept der dilatorischen Einreden wird analysiert. Damit verbunden prüft man, ob die bestimmte Frage (Einrede) der Kompetenz des Art. 8 Abs. 1 der Konvention gehört und ob das Eindringen des Staates bezüglich dieser Frage im Einklang mit den Forderungen aus Art. 8 Abs. 2 der EMRK ist, gemäß welchen man die Einrede durch die Feststellung des Schutzes für die Achtung der Wohnung im Verhältnis, in welchem es zum Eindringen in das Recht beziehungsweise zur Einschränkung des Rechtes durch ein Versehen gekommen ist, begründen würde. Dabei prüft man, ob das Eindringen und Versehen im Einklang mit dem Gesetz beziehungsweise mit einem der legitimen Ziele war, welche in Art. 8 Abs. 2 der Konvention taxativ angegeben werden, und, ob das proportional und notwendig in der demokratischen Gesellschaft war.

Schlüsselwörter: *Vindikationsanspruch, Recht auf Achtung der Wohnung.*

Riassunto

IL NESSO TRA LA REALIZZAZIONE DELLA PRETESA RIVENDICATORIA ED IL C.D. DIRITTO ALLA CASA

Le autrici nel contributo analizzano come la tutela connessa all'art. 8 della Convenzione ed al diritto alla casa si ripercuota sulla pretesa rivendicatoria regolata dal diritto croato. Indicano le rilevanti diversità in base all'oggetto della pretesa, dove con la nozione di casa nella tutela riconosciuta dalla Convenzione si attribuisce al termine un significato assai più ampio rispetto alla nozione di immobile (cosa), quale oggetto della pretesa in base al diritto croato. Le autrici s'interrogano in che misura il diritto alla casa possa venire messo a confronto con le eccezioni dilatorie. Con riguardo a ciò le autrici indicano come la valutazione della pretesa individuale ex art. 8 della Convenzione necessariamente includa una valutazione su due distinti piani. Il primo si riferisce alla questione concernente l'applicazione dell'art. 8 della Convenzione, ossia se si tratti del diritto alla casa. Laddove l'art. 8 della Convenzione sia applicabile, la Corte indagherà se vi siano state intromissioni nel diritto alla casa. Infine, per le esigenze del presente lavoro appare particolarmente interessante il secondo piano dell'indagine; ovvero quello dove la Corte valuta se l'intromissione sia contraria alla legge oppure ad uno degli scopi legittimi tassativamente elencati al capoverso dell'art. 8 della Convenzione, e, cosa fondamentale, se la stessa sia necessaria, e proporzionale, in una società democratica.

Parole chiave: *pretesa rivendicatoria, diritto alla casa.*

KRITERIJ PREZADUŽENOSTI KAO DISKRIMINACIJSKI ELEMENT ZA OBAVLJANJE JAVNOBILJEŽNIČKE SLUŽBE: HRVATSKO RJEŠENJE I EUROPSKA ISKUSTVA

Dr. sc. Dejan Bodul, viši asistent
Dr. sc. Sanja Grbić, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.736:347.961
Ur.: 22. siječnja 2014
Pr.: 7. ožujka 2014.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Analizom povijesnog razvoja i poredbenopravnog uređenja (latinskog, državnog i anglosaksonskog modela) instituta javnog bilježnika (lat. notarius publicus) možemo zaključiti da se polazi se od različitih koncepcija. Ono što je u svim sustavima zajedničko, a odnosi se na pravnu prirodu ovog instituta je činjenica da je javni bilježnik osoba dostojna javnog povjerenja (lat. fides publica). Navedena tvrdnja istodobno je okosnica svih promišljanja koja se odnose na institucija javnog bilježnika i njegovu djelatnost na području europskoga zakonodavstva. Štoviše, i temeljem odredbi Zakona o javnom bilježništvu (NN, br: 78/93., 29/94., 162/98., 16/07. i 75/09. - dalje: ZJB) javnobilježnička služba ima značenje javne službe budući da njenu djelatnost čine poslovi koji se, u pravilu, obavljaju u javnom, opće-društvenom interesu. Zbog toga je funkcioniranje javnobilježničke službe kao javne službe i uređeno posebnim pravnim propisom, kojim su javni bilježnici, kao nositelji te službe, osobe dostojne javnog povjerenja (čl. 13., st. 1. t. 6. ZJB). Cilj je rada analizirati anakronizam kriterija prezaduženosti kao jednu od pozitivno-pravnih prepreka za dostojno obavljanje javnobilježničke službe (čl. 13., st. 2., t. 5. i čl. 21. ZJB). Kompleksnost predmeta istraživanja i postavljeni zadaci uvjetovali su izbor metoda pa je u istraživanju korišten metodološki pristup koji obuhvaća proučavanje domaće i strane literature, odgovarajućih zakonskih propisa, kao i analizu domaće i strane sudske prakse. U radu će se analizirati i praksa Europskog suda za ljudska prava u postupcima prema čl. 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Zabrana diskriminacije) jer polazimo od pretpostavke da saznanja o ovome mogu biti ključna za razumijevanje problematike rada, kao i za pravilnu primjenu instituta domaćeg antidiskriminacijskog zakonodavstva, koje je utemeljeno na praksi Europskog suda za ljudska prava i europskom pozitivnom pravu.

Ključne riječi: *institut javnog bilježnika, kriteriji za izbor, prezaduženost, analiza poredbeno-pravnih iskustava.*

1. PRETPOSTAVKE ZA IZBOR JAVNOG BILJEŽNIKA: OPĆE NAZNAKE

U većini europskih zemalja, ustanovljena je organizacija javnog bilježništva po uzoru na tzv. *latinski notarijat*, u kojem država dio svojih (javnih) ovlaštenja prenosi na bilježnike.¹ S obzirom na to da je država povjerala notaru dio javnih ovlaštenja, njegova uloga u osiguravanju pravne sigurnosti je ključna. Štoviše, pravna sigurnost je temeljni pravno-politički razlog uvođenja notarijata. Stoga moderna zakonodavstva ostvaruju pravnu sigurnost obavljanja javnobilježničke službe detaljnijim zakonodavnim uređenjem cjelokupne službe, a prvenstveno postavljanjem strogih legislativnih preduvjeta koje fizička osoba treba ispunjavati kao pretpostavku povjeravanja i pristupa javnobilježničkoj službi.

Općenito promatrani, preduvjeti se mogu klasificirati kao oni koji se odnose na državljanstvo; poslovnu i opću zdravstvenu sposobnost; profesionalne kvalifikacije; znanje jezika te dostojnost javnog povjerenja.² Činjenica da je povjerenje temelj položaja i ovlaštenja notara, od zakonodavaca se zahtijeva da predvidi izričito kao uvjet imenovanja dostojnost javnog povjerenja.

Navedenu tezu potvrđuje i činjenica kako je Konferencija notarijata Europske unije u veljači 1995. donijela Europski kodeks prava notarske profesije³ koji utvrđuje važne zajedničke elemente i temeljna načela notarskog zanimanja za sve države članice, među kojima su i odredbe o dostojnosti povjerenja notarske službe.⁴

- 1 Notarijat latinskog tipa rasprostranjen je i u cijeloj Europi (Nizozemska, Francuska, Belgija, Luksemburg, Njemačka, Austrija, Španjolska, Portugal, Italija i Grčka, Njemačka, Češka, Slovačka, Poljska, Mađarska, Rumunjskoj, Estonija, Letonija, Latvija, Moldavija, Rusija, Albanija, Slovenija, Hrvatska, Makedonija, Bosna i Hercegovina) i u svijetu. Međutim, ni u Europskoj uniji profesija koju obavljaju notari nije uređena jedinstveno, ali ima niz zajedničkih točaka. Vidi RIJAVEC, Vesna, *Uporednopravni pregled različitih formi notarijata u svetu*, *Pravnik*, br. 11/12, 1996., str. 640. *et seq.* te SHAW, Gisela, *The German notariat and the European challenge*, *International journal of the legal profession*, vol 10., 2003., no 1, str. 38-54.
- 2 Nacionalni izvještaji o notarskoj službi u zemljama Jugoistočne Evrope, Njemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ), GmbH, *Otvoreni Regionalni Fond za jugoistočnu Evropu - Pravna Reforma te Suizdavač Njemačko udruženje notara*, Amos Graf, Sarajevo, 2009., str. 13., 59., 123., 159., 245. i 303.
- 3 On utvrđuje važne zajedničke elemente i temeljna načela notarskog zanimanja za sve države članice, a pri tomu nije pravno obvezujući.
- 4 Tako i u Hrvatskoj. Naime, čl. 13., st. 1. ZJB-a određuje da: (1) Za javnog bilježnika može biti imenovana osoba: 1. koja je državljanin RH, 2. koja ima poslovnu sposobnost i ispunjava opće zdravstvene uvjete za obavljanje sudačke službe; 3. koja je u RH diplomirala pravni fakultet ili koja je nostrificirala diplomu o završenom pravnom fakultetu izvan RH; 4. koja je položila pravosudni i javnobilježnički ispit; 5. koja ima, nakon položenog pravosudnog ispita najmanje pet godina radnog staža na pravnim poslovima; **6. koja je dostojna javnog povjerenja za obavljanje javnobilježničkog poziva**; 7. koja se obvezala da će, ako bude imenovana za javnog bilježnika, napustiti drugu naplatnu službu ili kakvu drugu naplatno zaposlenje ili članstvo u tijelu pravne osobe koja obavlja kakvu gospodarsku djelatnost; 8. koja aktivno vlada hrvatskim jezikom i drugim jezikom koji je službeni na području na kojemu treba obavljati javnobilježničku službu; 9. koja je dala izjavu da će, ako bude imenovana za javnog bilježnika, osigurati opremu i prostorije koje su prema kriterijima što ih je utvrdilo Ministarstvo, potrebni

2. POVIJESNI OSVRT NA KRITERIJ „DOSTOJNOSTI OBAVLJANJA JAVNOBILJEŽNIČKE SLUŽBE“

Povijesni razvoj kategorije „dostojnosti obavljanja javnobilježničke službe“ svjedoči kako dostojnost kao pojam nije samo etička kategorija, već i pretpostavka imenovanja javnih bilježnika koja je sadržana u nizu propisa.

Na južnoslavenskim prostorima „notari“⁵ se pojavljuju najprije na području Dubrovnika (već u XI. stoljeću). Međutim, tu se radi samo o pisarima (tzv. kaptolima), a ne o notarima u njihovom suvremenom značenju.⁶

O implementaciji notarijata u Republici Hrvatskoj počinje se govoriti, kao o novoj djelatnosti, tek kada je austrijsko udruženje notara poduzelo određene korake u uvođenju notarijata na ovim prostorima.⁷ Iako su se do sredine 20. stoljeća razlikovala

i primjereni za obavljanje javnobilježničke službe. **Smatra se da nije dostojna javnog povjerenja za obavljanje javnobilježničkog poziva** (čl. 13., st. 2. ZJB) osoba protiv koje je pokrenut kazneni postupak, koja je osuđena zbog kaznenog djela iz koristoljublja koje se goni po službenoj dužnosti, sve dok traju pravne posljedice osude, koja je odlukom stegovnog tijela lišena zvanja suca, državnog službenika, javnog bilježnika, javnobilježničkog prisjednika ili odvjetnika, dok ne prođu tri godine od dana lišenja zvanja, osoba iz čijeg ponašanja je moguće opravdano zaključiti da neće pošteno i savjesno obavljati javnobilježničku službu, **koja je prezadužena** i koja se nalazi pod stečajem (vidi *infra* fusnota 16.) ili je glavnim dioničarom ili glavnim nositeljem osnivačkih prava pravne osobe koja je pod stečajem. Nakon imenovanja javnog bilježnika Ministarstvo pravosuđa mora, primjenjujući t. 1. st. 1. čl. 21. ZJB-a sve dok traje služba javnog bilježnika, voditi računa o tomu postoje li još uvijek pretpostavke koje su bile uvjet za imenovanje.

- 5 Etimologija riječi notar je izvedenica od latinske riječi „*notarius*“, što znači *pisar*. Pojam „*notarius*“ potječe od latinske riječi „*nota*“, što znači *zapis, zabilješka, napomena, stenograf*. Vidi ORUČ, Esad, *Savremene tendencije u razvoju institucije notara*, ANALI Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, vol. 8, 2011., str. 134.
- 6 Dio povjesničara začetke notarijata pronalazi u rimskom pravu, pa i u antici. Označava li navedeno doktrinarno stajalište miješanje notara s pisarom te predstavlja li pogrešan pristup, pitanje je koje zaslužuje dublje istraživanje. O tomu DABINOVIĆ, Antun, *Hrvatska državna i pravna povijest*, Matica hrvatska, Zagreb, 1940., str. 202., 228., 351., 373. te 433.; STIPIŠIĆ, Jakov, *Razvoj splitske notarske kancelarije*, Zbornik Historijskog instituta Jugoslavenske akademije, vol. 1, 1954., str. 111-123.; GRBAVAC, Branka, *Notari kao posrednici između Italije i Dalmacije – studije, službe, seobe između dvije obale Jadrana*, *Acta Histriae*, vol. 16, 2008., no. 4, str. 503-526.; GULIN, Ante, *Hrvatski srednjovjekovni kaptoli - loca credibilia Dalmacije, Hrvatskog primorja, kvarnerskih otoka i Istre*, Zagreb 2008.; BRATULIĆ, Josip, *Javno bilježništvo u Hrvatskoj do 19. stoljeća*, *Javni bilježnik*, vol. 13, 2009., br. 31, str. 19-21.; JELAVIĆ, Zoran, *Pregled sačuvane građe javnih bilježnika na području Republike Hrvatske*, *Javni bilježnik*, Zagreb, vol. 28., 2008., str. 58.; BEZMALINOVIĆ, Bonina, *Notarijat u Dandolovoj Dalmaciji*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 27., 1990., no. 2, str. 77-98.; DIKA, Mihajlo, *Osvrt na povijesni razvoj europskog latinskoga javnog bilježništva*, *Zakon o javnom bilježništvu*, (ur. Ivica Crnić, Mihajlo Dika), Zagreb, 1994., str. 29-40. MARGETIĆ, Lujo, *O javnoj vjeri i pozitivnosti srednjovjekovnih notarskih isprava s osobitim obzirom na hrvatske primorske krajeve*, *Radovi Instituta za hrvatsku povijest*, 1973., str. 4., 5-79.
- 7 *Cesarski patenat od 7. veljače 1858. kojim se bilježnički red od 21. svibnja 1855. uvodi u Galiciji, Velikoj vojvodini Krakovskoj i u Bukovini, zatim u Ugarskoj, Hrvatskoj, Slavoniji, Erdeljskoj i srpskoj Vojvodini s Banatom tamiškim, Zemaljsko-vladni list za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju*, 1858., I razdiel, komad V., br. 27; *Naredba ministarstva pravosuđa od*

uređenja javnobilježničke službe, koja su uglavnom posljedica različite državne pripadnosti hrvatskih zemalja, iz odredbi navedenih zakona, ali i tadašnje prakse,⁸ vidljivo je kako je javno bilježništvo javna služba, a javni bilježnici su osobe dostojne javnog povjerenja. Međutim, iako je nadležnost javnih bilježnika bila detaljno uređena, teorija ukazuje kako je način njihova imenovanja ostavljalo prostora svojevolumnom postupanju nadležnih tijela koja su manipuliranjem javnobilježničkom službom rušile dostojnost obavljanju službe i u konačnici pridonijela ukidanju institucije javnih bilježnika.⁹ Naime, odlukom AVNOJ-a 1944.¹⁰ ukinuta je služba javnih bilježnika kao i javnobilježnička komora, čime su notari prestali s radom na cijelom području bivše jugoslavenske države.

Iako za socijalistički model uređenja države i društva notarijat nije bio karakterističan, prihvatile su ga sve zemlje tranzicije, pa i Hrvatska. Time je kriterij prezaduženosti kao prepreka dostojnom obavljanju javnobilježničke službe uveden **prvi put** u pozitivno pravo.¹¹ Zakonodavac je smatrao kako je nedostojna javnog povjerenja za obavljanje javnobilježničkog poziva osoba koja je prezadužena. Ta osoba nije mogla biti imenovana javnim bilježnikom (čl. 13., st. 2., t. 5. ZJB), ali isto tako javni bilježnik za kojeg je nakon imenovanja utvrđeno da je prezadužen morao je biti razriješen (čl. 21., čl. 1., st. 1. ZJB).¹²

-
25. lipnja 1859., kojom se obznanijuje dan, kojega će u Hrvatskoj i Slavoniji u kriepost stupiti zakon o bilježništvu, *ZVL*, 1859., razdiel I., komad XIV., br. 90. te Zakon od 13. prosinca 1886. kojim se valjanost previšnjeg patenta od 7. veljače 1858. kojim je uveden bilježnički red od 21. svibnja 1855. proteže na cijelo područje kraljevinah Hrvatske i Slavonije, *Sbornik zakonah i naredabah valjanah za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju*, 1886., komad XVII., br. 58.
- 8 Što je značilo dostojanstvo proizlazi iz spisa o imenovanju dr. Avelina Stahuljaka za javnog bilježnika u Klanjcu 1905. u kojem stoji kako je “(...) *moralno i socialno ponašanje dr. Avelina Stahuljaka, odvjetnika u Klanjcu, stališu odgovarajuće, da je isti veoma radni, moralan odvjetnik, koji preuzete poslove najvećom brzinom svršava, za svoje se stranke osobito zanima te neimade proti njemu pritužba, pa [je] ste strane vriedan i sposoban da bude imenovan kr. javnim bilježnikom u Klanjcu (...)*”. Vidi KREŠIĆ, Mirela, *Javno bilježništvo na hrvatsko-slavonskom pravnom području 1859.-1941.*, Časopis za suvremenu povijest, br. 1, 2010., str. 91-126. te *id.*, Zakon o javnim bilježnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930.: sudjelovanje javnog bilježnika u ostavinskom postupku – iskustva iz prošlosti, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, vol. 63, 2013., no. 2, str. 353-382.
- 9 Detaljnije KREŠIĆ, Mirela, *Javno bilježništvo na hrvatsko-slavonskom... cit.*, str. 126.
- 10 Odluka o ukidanju javnih bilježnika i javno-bilježničkih komora od 17. studenog 1944. (Sl. list Demokratske Federativne Jugoslavije, knjiga I., br. 11/45.).
- 11 Vidi *supra* fusnotu 6. Kratka opća povijesna analiza kriterija prezaduženosti ukazuje da je isti ukazivao na stigmatizirajuća obilježja. Primjerice, osoba koja je prezadužena ne može obavljati crkvene funkcije. Tako Zakon o evangeličko-hrišćanskim i o reformovanoj hrišćanskoj crkvi u Kraljevini Jugoslaviji, (Sl. novine Kraljevine Jugoslavije, 17.4.1930.), čl. 19., st. 1. Štoviše, i danas pozitivno pravo kriterij prezaduženosti postavlja kao stigmatizirajući kriterij. Primjerice, u nasljednom pravu potomak se može lišiti nužnog dijela ako je prezadužen (čl. 88., st. 1. Zakona o nasljeđivanju, NN, br. 48/03., 163/03., 35/05. i 127/13.). Podrobnije o stigmatizaciji za prezaduženost, EFRAT, Rafael, *The Evolution of Bankruptcy Stigma*, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 7, 2006., no. 1, str. 365-394.
- 12 Tu nam je zanimljiva i sudska praksa: „*Javni bilježnik, koji niz godina ne podmiruje svoje porezne obveze i pored pružene mogućnosti reprogramiranja duga, ne može uživati javno povjerenje*“ (Upravni sud Republike Hrvatske, Us-1499/2005. od 19.05.2005.). Ipak, analizirajući

3. POJAM „PREZADUŽENOSTI“: DOKTRINARNA PROMIŠLJANJA I PRAKTIČNI PROBLEMI

Usprkos narasloj važnosti i raširenosti problema prezaduženosti (insuficientnosti), još uvijek ne postoji općeprihvaćena pravna definicija, kada govorimo o fizičkim osobama.¹³ Niti jedan od pokazatelja prezaduženosti nije savršen i ne obuhvaća cjelokupni problem prezaduženosti.¹⁴ Najzastupljenije su definicije u kojima se pri mjerenju prezaduženosti najviše koristi stopa zaduženosti koja je definirana kao postotak duga u odnosu na raspoloživi dohodak. Ovdje se javljaju problemi s definicijom dohotka, vezano uz vremensko razdoblje kojeg treba obuhvatiti.¹⁵ Kao

obrazloženje navedene presude (dostupno na mrežnim stranicama Upravnog suda: <http://www.upravnisudrh.hr/praksa/htm/05121.htm> (12.10.2013.)), smatramo da je u konkretnom slučaju postojao razlog za razrješenje javnog bilježnika, ali iz navedenog obrazloženja, iako je norma (čl. 13., st. 1, t. 6. ZJB) pravilno izabrana te odgovara okvirnom činjeničnom stanju koje treba podvesti pod tu normu kao apstraktno pravilo, pri traženju konkretnog sadržaja i smisla norme (čl. 13., st. 2. ZJB) došlo je do nedosljedne interpretacije materijalnog prava jer nije navedeno koji je od šest (6) razloga iz st. 2., čl. 13. ZJB predstavljao kršenje dostojnosti obavljanja službe. Isto vidi *infra* fusnotu 16. i 112.

- 13 Tako DAVYDOFF, Didier, NAACKE, Grégoire, DESSART, Elodie, JENTZSCH, Nicola, FIGUEIRA, Filipa, ROTHEMUND, Marc, MUELLER, Wolf, KEMPSON, Elaine, ATKINSON Adele i FINNEY, Andrea, Towards a Common Operational European Definition of Overindebtedness, Directorate - General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit, Inclusion, Social Policy Aspects of Migration, Streamlining of Social Policies, European Commission, 2008.
- 14 Ako analiziramo ZJB iz nomotehničke perspektive, možemo reći da ima propusta, a jedan od njih je i što ne definira kriterij prezaduženosti (isto vidi *infra* fusnotu 112). Navedeni kriterij je definiran Stečajnim zakonom (NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12.) čl. 4., st. 11. te Zakonom o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12., 144/12., 81/13. i 112/13.) čl. 16., st. 1., t. 2. i st. 4. kao stečajni razlog koji postoji kada je riječ o pravnim osobama koje obavljaju djelatnost radi stjecanja dobiti. Pravne osobe su dužne voditi poslovne knjige. Oni ih, u pravilu, vode po načelima nepromjenjivog zapisa o nastalom poslovnom događaju, pa se iz bilance i računa dobiti i gubitka lako može utvrditi prezaduženost pravne osobe. Štoviše, ZJB u čl. 13., st. 2., t. 6. određuje da javni bilježnik ne može biti osoba „koja se nalazi pod stečajem“. Takvim nomotehničkim previdom i suprotno načelu pravne sigurnosti, zakonodavac, uz mnoge nedorečenosti, rabeći zakonodavnu konstrukciju „koja se nalazi pod stečajem“ implicira na institut stečaja nad imovinom fizičkih osoba, potrošača. S takvom primjenom pravne terminologije u znatnoj se mjeri doprinosi neučinkovitom provođenju propisa kao i pravnoj nesigurnosti uopće. Stoga kako je odnos između pravnih pojmova daleko kompliciraniji negoli je taj odnos u svakodnevnom govoru, jezičnoj konstrukciji „koja se nalazi pod stečajem“ treba prigovoriti jer bi se njenom eventualnom uporabom, samo za potrebe jednoga zakona, ZJB-u, uveo novi pravni pojam pa i novi pravni institut potrošačkog stečaja koji u pozitivno pravo nije (još) implementiran. Vidi BODUL, Dejan, Osobni stečaj - globalni trend i hrvatska perspektiva, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, 2011., br. 1. str. 351-377.
- 15 Primjerice, zadnjim izmjenama 2005. američki Stečajni zakonik (*Bankruptcy Code - Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, Pub. L. No. 109-8.) uzima u obzir prosječni mjesečni prihod, odnosno prosjek dužnikovih mjesečnih prihoda u posljednjih šest mjeseci prije podnošenja prijedloga za pokretanje postupka potrošačkog stečaja (par. 101., st. (10.A), 11 U.S.C.) što može biti predmet niza zlouporaba.

dopunski pokazatelji koriste se podaci o kašnjenju plaćanja, veličini duga, broju kredita koji se otplaćuju te broju članova kućanstva.¹⁶

4. POREDBENA ISKUSTVA ILI ZAŠTO JE HRVATSKI ZAKONODAVAC USAMLJEN U KRITERIJU „PREZADUŽENOSTI“?

Analizirajući suvremene težnje u razvoju službe javnih bilježnika svjedoci smo pokušaja usklađivanja javnobilježničkog prava na području europskog prava, gdje je postalo ključno pitanje pristupa, odnosno kriterija za izbor. Štoviše, poredbenom pravnom analizom deontologije javnobilježničke službe vidimo da zakonodavci ostvaruju pravnu sigurnost javnobilježničke službe preciznim postavljanjem uvjeta koje kandidat treba ispunjavati kako bi mu bila povjerena javnobilježnička služba.

Tako je i u zemljama nastalim raspadom SFRJ uveden notarijat latinskoga tipa.¹⁷ Prvo je uveden u Republici Sloveniji (1994.). Iako slovenski zakonodavac propisuje kumulativne kriterije koje osoba mora ispunjavati kako bi se mogla kandidirati za javnog bilježnika, ne propisuje prezaduženost kao kriterij, odnosno zapreku za obavljanje javnobilježničke službe.¹⁸ Makedonski,¹⁹ albanski,²⁰ crnogorski,²¹ bosanski,²² mađarski²³ zakonodavac, zakonodavac Republike Srpske²⁴ te Distrikta Brčko²⁵ također je povjerio notaru javna ovlaštenja prepoznajući njegovu važnu ulogu u osiguravanju pravne sigurnosti i stvaranju učinkovite preventivne pravne zaštite. Međutim, niti jedno od navedenih uređenja ne propisuje kriterij prezaduženosti kao zapreku za obavljanje javnobilježničke službe.²⁶

- 16 Tako i podrobnije BEJAKOVIĆ, Predrag, *Osobna prezaduženost, Projekt - Partnerstvo za socijalnu uključenost*, Institut za javne financije, Zagreb, 2010., str. 5., 10.
- 17 Detaljnije BAROŠ, Predrag, *Uloga notara u pravu privrednih društava*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2012., str. 1-50. Isto svakako treba vidjeti Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 63, 2013., no. 2, koji je u cijelosti posvećen institutu javnog bilježnika, a posebno rad POVLAKIĆ, Meliha, *Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini*, str. 245-310.
- 18 Zakon o notariatu (Ur. list RS, br. 2/07., 33/07.-ZSReg-B, 45/08. i 91/13.), čl. 8. Podrobnije RIJAVEC, Vesna, *Uloga notara u građanskom pravu Slovenije*, ANALI Pravnog fakulteta u Beogradu, vol. 58, 2010., no. 1, str. 108-129.
- 19 Закон за вршење на нотарските работи (Сл. весник на РМ, бр. 55/07., 86/08., 139/09. и 135/11.), čl. 9.
- 20 Zakon o notarima (br. 7829., 7920., 8790., 9216., 10137. i 10491.), čl. 2.
- 21 Zakon o notarima (Sl. list RCG, br. 68/05. i 49/08.), čl. 12.
- 22 Zakon o notarima (Sl. novine Federacije BiH, br. 45/02.), čl. 26.
- 23 1991. évi XLI. törvény a közzegyzőkről. (KJT), čl. 1.
- 24 Zakon o notarima (Sl. glasnik Republike Srpske, br. 86/04., 2/05. 74/05., 91/06., 50/10. i 78/11.), čl. 20.
- 25 Zakon o notarima (Sl. glasnik Brčko Distrikta, br. 9/03. i 17/06.), čl. 5.
- 26 Srbija je Zakon o javnom bilježništvu donijela 2011. (Zakon o javnom beležništvu, Sl. list RS, br. 31/11., 85/12. i 19/13.) i trebalo je početi s primjenom 2012., ali je ona odgođena za 1. ožujka 2013., a zatim za 1. rujna 2014. Kao razlog za odgodu Vlada je navela da nije moguće osigurati uvjete za primjenu tog zakona jer je nedovoljan broj kandidata položio javnobilježnički ispit, što je uvjet za raspisivanje natječaja i imenovanje javnih bilježnika te za osnivanje Javnobilježnička komore. U čl. 25., navodeći uvjete za imenovanje javnog bilježnika,

Uočljivo je da se uvjeti za imenovanje javnih bilježnika u manjoj mjeri razlikuju u zemljama razvijenog notarijata od onih koje su tek uvele notarsku službu.²⁷ Ipak, analizom uvjeta za imenovanje javnih bilježnika u zemljama Europske unije vidimo da ne postoji kriterij prezaduženosti.²⁸

5. ŠTO JE ZAPRAVO JAVNI BILJEŽNIK: MEĐUSOBNA KOMPLEMENTARNOST POJMOVA „SUD“ I „JAVNI BILJEŽNIK“ U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Analizirajući položaj javnog bilježnika u europskom poredbenom pravu zaključujemo da je osnovni cilj primjene navedenog instituta jačanje pravne sigurnosti, zaštita javnog interesa, rasterećenje sudova te stvaranje pretpostavki za učinkovitiji rad sudova pune jurisdikcije. To se ostvaruje objektiviziranim uvjetima za obavljanje i prestanak te službe, samostalnošću i nezavisnošću njezinih nositelja te strogim postupkom imenovanja. Možemo zaključiti da je to bio i cilj te razlog uvođenja instituta javnog bilježništva u Republici Hrvatskoj, kao i u susjednim zemljama.

Ipak teoretičari anglosaksonskog prava uporište nalaze u analizi transakcijskih troškova, odnosno ekonomskoj analizi prava, prvenstveno Čikaške škole te podacima Svjetske banke i *Doing business* analizama, izražavaju skepticizam prema

zakonodavac ne navodi kriterij prezaduženosti.

- 27 Vidi KNEŽIĆ-POPOVIĆ, Dragana, Notar kao činilac pravne sigurnosti – savremeni aspekti, 6. Nauči skup sa međunarodnim učešćem, Sinergija 2010., str. 1-9.
- 28 Primjerice, belgijski Zakon o javnim bilježnicima (La loi modifiant la loi du 25 ventôse an XI, du 4 mai 1999 (Moniteur belge du 10 octobre 1999), čl. 1. i 2.); talijanski Zakon o javnim bilježnicima (La legge 16 febbraio 1913, n. 89 (Gazzetta ufficiale n. 55 del 7 marzo 1913), čl. 5.); engleski Zakon o javnim bilježnicima (Public Notaries Act 1843, c. 90), čl. 1. koji upućuje na Courts and Legal Services Act 1990 (c. 41, SIF 76:1), s. 125(7), Sch. 20; S.I. 1991/1364, art. 2, Sch.); njemački Zakon o javnim bilježnicima (Bundesnotarordnung (BNotO), BGBl. III br. 303-1., zadnje mijenjan Zakonom od 23.7.2013, BGBl. I S 2586, čl. 6.); francuski Zakon o javnim bilježnicima (Loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) contenant organisation du notariat (Ordonnance n° 45- 2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat e Décret n° 45- 0117 du 19 décembre 1945 pris en application de l'ordonnance du 2 novembre 1945.), čl. 1. i 2.); švedski Zakon o javnim bilježnicima (Lag (1981:1363) om notarius publicus, Förordning (1982:327) om notarius publicus, čl. 3.); austrijski Zakon o javnim bilježnicima (Notariatsordnung (NO) RGBl. Nr. 75/1871, zadnja izmjena BGBl. I Nr. 190/2013, čl. 6.), litvanijski Zakon o javnim bilježnicima (Dėl notarų imamo atlyginimo už notarinių veiksmy atlikimą, sandorių projektų parengimą, konsultacijas ir technines paslaugas laikinųjų dydžių patvirtinimo 1996 m. rugsėjo 12 d. Nr. 57, Nr. 28-810; 1998, Nr. 49-1329, čl. 3.), španjolska Uredba o javnim bilježnicima (Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, «BOE» núm. 189, de 7 de julio de 1944, páginas 5225 a 5282 (58 págs.), čl. 6.), bugarski Zakon o javnim bilježnicima (Закон за нотариусите и нотариалната дейност (Зagl. изм. - дв, бр. 123 от 1997 г. изм. и доп. дв. бр.95 от 4 Декември 2012.), čl. 8. Isto vidi ZIMMERMANN, Stefan, SCHMITZ-VORNMOOR, Andreas, Javnobilježnička služba u Europskoj uniji - Filozofija struke i trendovi razvoja, harmonizacija i ujednačavanje, Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, vol. 59, 2009., no. 6, str. 1217-1250.; KNEŽIĆ-POPOVIĆ, Dragana, Javno beležništvo u evropskim zemljama: iskustva i razlike, Pravni život, vol. 10, 1998., str. 791-803. dostupno na: <http://www.notaries-directory.eu/> (12.07.2013.).

javnobilježničkoj službi.²⁹ Međutim, to je još jedno europsko–američko sučeljavanje, a stav je autora kako je hrvatska pravna tradicija dio kontinentalne tradicije³⁰ te da se pravno transplantiranje u anglosaksonsko pravo nije pokazalo uspješnim. Naime, kontinentalni i anglosaksonski pravni sustav se tradicionalno razlikuju, pa tako i institut javnog bilježnika nije jednako organiziran i nema isti značaj u kontinentalnoj i anglosaksonskoj pravnoj tradiciji.

Kako Ugovor o osnivanju Europske unije ne uređuje materiju notarijata,³¹ a s obzirom na različitu tradiciju i brojne raznolikosti u pogledu organizacije notarijata europskih zemalja, Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Europska konvencija)³² možemo promatrati kao začetak razvoja zajedničkoga pravnog sustava država-ugovarateljica, kojem nacionalni zakoni moraju biti podređeni. Stoga pri primjeni i tumačenju Europske konvencije mora se voditi računa o sudskoj praksi na europskoj razini, budući da Europski sud za ljudska prava za ljudska prava (dalje: Sud za ljudska prava) tumači nacionalne propise. U navedenom kontekstu i pojam „suda“ koji je naveden u čl. 6., st. 1.,³³ Europske konvencije ne treba nužno shvatiti kao da označava sud „u klasičnom smislu“ riječi, koji je integriran u standardni sudski aparat određene zemlje. Naime geneza pojma sud potvrđuje tezu kako je Europska konvencija živući instrument, odnosno da se praksa Suda za ljudska prava vezana uz čl. 6. i pojam „suda“ stalno razvija te da danas obuhvaća još uvijek rastući raspon sudskih te, nama bitnih, izvansudskih postupaka. U navedenom kontekstu nesporno je da za koncept nezavisnog i nepristranog „suda“ postoji široka i ustaljena sudska praksa u skladu s kojom možemo zaključiti da funkcija javnog bilježnika potpada pod pojam „suda“. Ipak, koncept „suda“ treba zadovoljiti i druge kriterije, prvenstveno kriterij

29 Vidi CLOSEN, Michael L., DIXON, III, G. Grant, *Notaries public from the time of the Roman Empire to the United States, today and tomorrow*, North Dakota Law Review, vol. 68., 1992., str. 873.-896.

30 SHAW, Gisela, op. cit., str. 38. *et seq.*

31 S aspekta usklađivanja notarskog prava u Europskoj uniji niz je otvorenih pitanja, a jedno od njih je i pitanje državljanstva kao opće zastupljenog uvjeta za obavljanja javnobilježničke službe. Naime, sloboda kretanja radnika jedna je od temeljnih sloboda na kojima počiva Europska unija (član 45. Ugovora o Europskoj uniji (pročišćena inačica 2012.), Sl. list C 326, 26.10.2012.). Države članice dužne su omogućiti provođenje te slobode i spriječiti diskriminaciju radnika na temelju državljanstva. No, postavlja se pitanje imaju li države članice ipak pravo, u određenim slučajevima, ograničiti slobodu kretanja odnosno u našem slučaju potpada li služba javnih bilježnika pod javnu službu ili pod zajedničko tržište. Primjerice, talijanski zakonodavac je izmjenama Zakona o javnom bilježništvu (izmjene od 24. travnja 2006.) izmijenio uvjet državljanstva, predviđajući u čl. 5. da kandidat treba biti talijanski državljanin ili državljanin druge države članice Europske unije. Štoviše, takvo je stajalište i Komisije. Na istom tragu su i presude Europskog suda pravde (Commission v Belgium, Germany, Greece, France, Luxembourg and Austria: C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08.). Ipak autori, bez detaljnijeg analize problema, smatraju da se time neuvažavaju nacionalne različitosti kao i regionalne pravne tradicije koje su svakako dio proklamiranih sloboda u EU.

32 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN-MU, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10.) – dalje u tekstu: Europska konvencija.

33 "Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju *podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni nezavisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. (...)*"

„nezavisnosti“³⁴ i „nepristranosti“³⁵. Dakle, pojam „sud“ u čl. 6., st. 1. treba shvatiti kao tijelo koje odlučuje o pitanjima u okviru svoje nadležnosti na temelju pravnih pravila i nakon postupka koji se provodi na način kao što je propisano zakonima. U usporedbi s „tradicionalnom“ sudskom funkcijom, za koju ga vezuje činjenica da je javna služba kojoj je država povjerila dio svojih ovlaštenja u sastavljanju javnih isprava i da je funkcionalno dio izvanparničnog (preventivnog) sudstva, osnovna je razlika što javni bilježnik ne donosi autoritativne odluke u sporovima (čl. 4., st. 1. ZJB). Prema tomu, tijela koja nisu sudovi u *tradicionalnom smislu riječi* mogu vršiti funkcije koje odlučujuće utječu na građanska prava, odnosno činjenica da tijelo ima druge uloge osim sudske ne znači nužno da ono nije „sud“.

34 Sud za ljudska prava pri razmatranju nezavisnosti uzima u razmatranje sljedeće kriterije: način postavljanja i trajanje mandata, postojanje garancija protiv vanjskog pritiska i pitanje ostavljanja li to tijelo dojam nezavisnosti. U kontekstu javnobilježničke službe nezavisnost službe se ostvaruju kroz objektivizirane uvjete za obavljanje i prestanak službe, postupak imenovanja, kao i vezanosti javnog bilježnika za službeno sjedište (tzv. nepremjestivost službe). Nezavisnost bilježnika, moramo analizirati i iz perspektive ekonomske nezavisnosti, koja je ovisna o vrsti i količini sačinjenih javnih isprava. Stoga broj bilježnika uvijek kontrolira država (tzv. *numerus clausus*). Ostvarenjem navedenih načela nezavisnosti, uz visoku razinu stručne naobrazbe (položen pravosudni ispit, pet godina iskustva u struci poslije toga i položen specijalizirani javnobilježnički ispit), poštovanje zakonitosti i autoritet zbog posla kojeg javni bilježnik vrši, rezultiraju postojanjem javnog povjerenja u ovu instituciju. Štoviše, pravila usmjerena na osiguravanje nezavisnosti u svim latinskim modelima javnog bilježništva su stroga i brojna. Ipak nezavisnost javnog bilježnika ne znači da on ne podliježe kontroli i da ne odgovara za svoj rad jer u slučaju kršenja službene dužnosti, nezavisno o kaznenoj i prekršajnoj odgovornosti, bilježnici podliježu i disciplinskoj odgovornosti, koja, među ostalim, može rezultirati i trajnim udaljenjem iz službe. Detaljnije UZELAC, Alan, Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, 2010., no. 1, str. 101-148.

35 Zahtjev Suda za ljudska prava da „sud“ treba biti „nepristran“ u nekim aspektima se preklapa sa zahtjevom da bude nezavisan, osobito ako je u pitanju utjecaj stranaka, ali i drugih tijela. Sud za ljudska prava usvojio je dvojaki pristup ovome pitanju, razmatrajući: a) je li sud *subjektivno nepristran* u smislu da su njegovi članovi nepristrani odnosno polazi se sa stajališta da su „suci“ nepristrane osobe ako se ne dokaže suprotno te b) postoji li, s „objektivne točke gledišta“, dovoljan dojam nepristranosti te jesu li jamstva za nepristranost u danoj situaciji takva da isključuju bilo kakvu legitimnu sumnju o tom pitanju. Dakle, nepristranost se određuje kao odsustvo svakog opredjeljenja. Odgovor na pitanje o javnobilježničkoj nepristranosti može se dati kroz prizmu profesionalne deontologije koja definira okvir ponašanja javnih bilježnika te kroz pravnu normu o apsolutnoj ili relativnoj obvezi izuzeću javnih bilježnika koja je u osnovi jednaka pravilima o izuzeću sudaca u hrvatskom pozitivnom pravu. Uvažavajući subjektivni i objektivni test, javnobilježničku nepristranost određuje i samo pravno uređenje ove službe jer nepoštovanje obveze nepristranosti pri savjetovanju približilo bi javnog bilježnika ulozu odvjetnika koji nema ovu obvezu, a to bi značilo iščezavanje instituta javnog bilježništva i snage vjerodostojnosti javnobilježničkih isprava. Podrobnije JANIS, W., Mark, *et al.*, *European Human Rights law, Text and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008., str. 783. *et seq.*

6. ZABRANA DISKRIMINACIJE PREMA IMOVINSKOM KRITERIJU – KRITERIJU PREZADUŽENOSTI

Sva zanimanja, tako i sudstvo i javno bilježništvo, karakterizira postojanje ograničenja za ulazak, odnosno jedan ili više propisa koji ograničavaju ulazak u profesiju. Ta ograničenja ulaska mogu biti kvalitativne (primjerice, određeni ispiti i kvalifikacije) i kvantitativne prirode (primjerice, *numerus clausus* radnih mjesta) te se odnositi na određene osobne karakteristike kandidata (primjerice, državljanstvo, vladanje hrvatskim jezikom), ali nikako prezaduženost. Naime, prezaduženost je u većini europskih zemalja povezana s neuspjehom i stečajem. Izraz prezaduženost ima stigmatične konotacije jer stavlja krivnju na osobu dužnika. Stečaj je ponižavajući i osoba može smanjiti svoje samopoštovanje osjećajem pojačanog neodobravanja drugih. Prema tomu, ideja da prezaduženim osobama treba dati „lekciju“ koju neće zaboraviti, ne uklapa se u ekonomski pristup prema konceptu prezaduženosti. Štoviše, na primjeru kriterija prezaduženosti možemo vidjeti opasnost donošenja odluka o zabrani prijema u službu pod utjecajem skrivenih društvenih predrasuda kojima se pridonosi učvršćivanju podređenog društvenog položaja određene društvene skupine, u konkretnom slučaju prezaduženih pojedinaca.³⁶ Stoga će se u nastavku analizirati praksa Europskog suda u postupcima po čl. 14. Europske konvencije (Zabrana diskriminacije). Namjera je da se razjašnjavanjem pravnih instituta koji su nastali kao rezultat dugogodišnje prakse i sagledavanjem njihovog međusobnog odnosa dođe do saznanja o pravno-logičkom mehanizmu odlučivanja Europskog suda te uvidi predstavlja li kriterij prezaduženosti, kao zapreka obavljanju javnobilježničke službe, diskriminaciju.³⁷

6.1. *Zabrana diskriminacije prema čl. 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*

Članak 14.³⁸ Europske konvencije središnja je odredba konvencijskog prava vezana uz zabranu diskriminacije budući da je prihvaćena u svih 47 država stranaka Europske konvencije. Iako članak 14. ne uređuje klasično materijalno konvencijsko pravo, sadržan je u I. odjeljku Europske konvencije, među odredbama kojima se

36 U navedenom kontekstu američki zakonodavac je otišao korak dalje i zabranio takvo postupanje. Vidi McGILL, Morman, *The Prohibition on Discrimination Toward Bankrupt Employees: Congress Extends the Prohibition into The Private Sector by the Adoption of 11 U.S.C. § 525(b)*, *Bankruptcy Development Journal*, vol. 3., 1986., str. 641. *et seq.*

37 Svakako vidi, OMEJEC, Jasna, *Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda za ljudska prava*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 59, 2009., no. 5, str. 873–979.

38 *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, NN-MU, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10.:

Zabrana diskriminacije

Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.

uređuju konvencijska prava. Članak 14. ne sadržava definiciju diskriminacije.³⁹ Osnove na kojima se zabranjuje diskriminacija u čl. 14. Europske konvencije navedene su kao primjeri. To je potvrdio i Europski u predmetu *Engel i drugi protiv Nizozemske*,⁴⁰ utvrđujući da je popis osnova naveden u čl. 14. "ilustrativan, a ne iscrpljen, na što upućuje izričaj bilo koja osnova."⁴¹ Temeljem toga može se zaključiti kako se bilo koji kriterij razlikovanja može ispitati prema čl. 14., bez obzira je li on naveden ili nije među zabranjenim osnovama diskriminacije u okviru međunarodne zaštite ljudskih prava.⁴²

Čl. 14. je srž odredbe o nediskriminaciji Europske konvencije, a njegova je svrha zaštita pojedinaca od diskriminacije u uživanju prava i sloboda koje štite odredbe Europske konvencije i njezini protokoli. Međutim, čl. 14. nije samostalno pravo jednakosti već zavisna odredba čije je područje primjene ograničeno na prava navedena u Europskoj konvenciji.⁴³ Zahtjevi temeljem čl. 14. istaknuti Europskom sudu moraju se odnositi na diskriminaciju u uživanju drugih prava Europske konvencije poput prava na privatni život, obiteljski život i sl. Na čl. 14. se poziva u vezi s takvim drugim pravima Europske konvencije, a zabrana diskriminacije može se smatrati dijelom (ili dopunom) svake temeljne odredbe prava u Europskoj konvenciji. Posljedica ograničenog polja primjene čl. 14. je, ako činjenice o kojima je riječ nisu unutar opsega nekog prava Europske konvencije, onda ne postoji utočište u Europskoj konvenciji.⁴⁴

6.1.1. Nesamostalna pravna egzistencija čl. 14.

Kao što je već navedeno čl. 14. Europske konvencije nema samostalnu egzistenciju: ne postoji pravna mogućnost da u postupku pred Europskim sudom u konkretnom predmetu bude utvrđena njegova samostalna povreda. Govori se o "neautonomnoj prirodi" čl. 14. Europske konvencije. U presudi *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁴⁵ Europski sud ponovio je svoje ustaljeno stajalište o značenju i dosegu čl. 14.:

39 U čl. 1., st. 2. i 3. hrvatskoga Zakona o suzbijanju diskriminacije (NN, br. 85/08., 112/12.), diskriminacija se definira kao stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe po nekoj diskriminatornoj osnovi, kao i osobe povezane s njom rodbinskom ili drugim vezama. Diskriminacijom se smatra i stavljanje neke osobe u nepovoljniji položaj na temelju pogrešne predodžbe o postojanju neke diskriminatorne osnove.

40 *Engel i drugi protiv Nizozemske*, presuda, 8. lipnja 1976., br. 5100/71., 5101/71., 5102/71., 5354/72. i 5370/72.

41 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški *acquis*, Zagreb, Novi informator, 2013., str. 1297.

42 SCHUTTER, Olivier, *The prohibition of Discrimination under European Human Rights Law*, Luxembourg, 2011., str. 15.

43 Vidi, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. svibnja 1985., br. 9214/80 9473/81 9474/81.

44 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom o ljudskim pravima (članak 14.), Priručnik za odvjetnike, London, Inter-rights, 2008., str.5-6.

45 *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. svibnja 1985., br. 9214/80 9473/81 9474/81.

"Prema utvrđenoj praksi Europskog suda, čl. 14. dopunjuje ostale materijalne odredbe Europske konvencije i protokola. On ne postoji samostalno, budući da ima učinak jedino u vezi s uživanjem prava i sloboda zajamčenih tim odredbama. Iako primjena čl. 14. nužno ne pretpostavlja povredu tih odredaba – i do te je mjere (on) samostalan – ne može biti prostora za njegovu primjenu, osim ako činjenice o kojima je riječ ne potpadaju pod djelokrug jedne ili više potonjih ..."

Podrobnije obrazloženje djelokruga čl. 14. Europske konvencije Veliko vijeće dalo je u presudi *E.B. protiv Francuske*:⁴⁶

"... Primjena čl. 14. ne predstavlja nužno povredu nekog materijalnog prava zaštićenog Europskom konvencijom. Potrebno je, ali ujedno i dovoljno da činjenice predmeta budu unutar okvira jednog ili više članaka Europske konvencije ...

Zabrana diskriminacije zajamčena je čl. 14., prema tome, proteže se preko uživanja prava i sloboda za koje Europska konvencija i pripadajući protokoli zahtijevaju da ih osigura svaka država. Primjenjuje se također, na ona dopunska prava koja je država dobrovoljno odlučila osigurati, a koja spadaju unutar općeg okvira bilo kojeg članka Europske konvencije."

Europski sud zaključio je u predmetu *Schmidt i Dahlström protiv Švedske*⁴⁷ da je postojanje slabe i tanke veze između čl. 14. Europske konvencije i nekog materijalnog prava koje proizlazi iz Europske konvencije dovoljno da bi se aktivirao čl. 14.⁴⁸

6.1.2. Autonomna priroda čl. 14.

Ipak, postoji jedan aspekt autonomnosti čl. 14. Europske konvencije (uvijek u vezi s određenim člankom Europske konvencije koji uređuje neko konvencijsko pravo) unatoč tomu što prethodno nije pronašao povredu samog tog članka ili je utvrdio da taj članak nije povrijeđen.⁴⁹ Na takvu mogućnost prvi put je upozoreno u predmetu *Marckx protiv Belgije*.⁵⁰ Tu je Europski sud naveo da čl. 14. "ne postoji samostalno budući da ima učinak isključivo u vezi s uživanjem prava i sloboda koje čuvaju ostale temeljne odredbe."

Međutim, može doći do povrede čl. 14. (u vezi s nekim materijalnim pravom) čak i kada materijalno pravo nije povrijeđeno. Iako čl. 14. sam po sebi ne utvrđuje nezavisno pravo, praksa Europskog suda dala mu je autonomni značaj. To znači da, iako se na čl. 14. ne može samostalno (tj. nezavisno) pozvati, moguće je da Europski sud utvrdi povredu čl. 14. nakon što donese odluku o tomu da nije bilo povrede neke materijalne odredbe. Ovo se pitanje prvi put pojavilo u *Belgijskom jezičnom predmetu*.⁵¹ Belgija je tvrdila da čl. 14. omogućuje samo podređenu zaštitu, drugim

46 *E.B. protiv Francuske*, presuda, 22. siječnja 2008., br. 43546/02.

47 *Schmidt i Dahlström protiv Švedske*, presuda, 6. veljače 1976., br. 5589/72.

48 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda... *cit.*, str. 1297-1298.

49 *Loc. cit.*

50 *Marckx protiv Belgije*, presuda, 13. lipnja 1979., br. 6833/74.

51 Belgijski jezični predmet (*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*) v. Belgium), presuda, 23. srpnja 1968., br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

riječima da se čl. 14. može primijeniti samo kada je materijalno pravo s kojim se ističe povreda čl. 14., povrijeđeno. Europski sud je naveo:

"Tako je točno da jamstvo čl. 14 ne postoji samostalno u smislu da se u skladu s uvjetima čl. 14. odnosi isključivo na prava i slobode određene u Europskoj konvenciji, mjera koja je sama po sebi u skladu sa zahtjevima članka koji čuva određeno pravo ili slobodu može međutim dovesti do povrede tog članka kada se čita u vezi sa čl. 14. zbog razloga što je diskriminacijske prirode."

U ovom predmetu Belgija je povrijedila čl. 14.⁵²

U presudi *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁵³ Europski sud je to pravilo formulirao ovako: čl. 14. autonoman je *"do mjere do koje primjena čl. 14. nužno ne pretpostavlja povredu materijalnih konvencijskih odredaba."*

Europski sud ujedno je odbacio tezu da ne može doći do povrede čl. 14. Europske konvencije kada se prethodno već utvrdi da je u konkretnom predmetu povrijeđen neki članak Europske konvencije koji sadržava materijalno konvencijsko pravo. Kad bi se prihvatio takav pristup, povrede članaka Europske konvencije koje sadržavaju materijalna konvencijska prava uzdigle bi se iznad bilo kojeg prigovora o učinjenoj diskriminaciji. Sukladno tomu u konkretnom predmetu mogu biti kumulativno utvrđeni različiti tipovi povreda. Uzme li se kao primjer čl. 8. Europske konvencije (Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja) mogu se razlikovati dvije pravne situacije. Prvo, može doći do dviju zasebnih povreda: povrede čl. 8. i istodobno do zasebne povrede čl. 14. u vezi s čl. 8. Europske konvencije (14.+8.). Drugo, može doći samo do povrede čl. 14. u vezi s čl. 8., a da sam čl. 8. ne bude povrijeđen.⁵⁴

Čl. 14. ne obuhvaća samo one elemente nekog prava koje je država prema Europskoj konvenciji obvezna jamčiti te koji su time podređeni ispitivanju Europske konvencije. Široko tumačenje opsega "glavne" odredbe dovodi do proširenja mjerodavnosti čl. 14.⁵⁵

Zaključno možemo reći kako bi se dokazala povreda čl. 14. u vezi s nekim materijalnim pravom iz Europske konvencije, podnositelj zahtjeva ne mora istaknuti povredu tog materijalnog prava. Dovoljno je da se iznese povreda čl. 14. u vezi s tim materijalnim pravom.⁵⁶

6.1.3. Supsidijarnost čl. 14. Europske konvencije

Ispitivanje navodne povrede čl. 14. u vezi s nekim materijalnim konvencijskim pravom u praksi Europskog suda u pravilu uvijek slijedi tek nakon što taj sud prvo ispita je li povrijeđen članak Europske konvencije koji sadržava to materijalno

52 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom ..., *op. cit.*, str. 6-7.

53 *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. svibnja 1985., br. 9214/80 9473/81 9474/81.

54 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda... *cit.*, str. 1298-1299.

55 *Gaygusuz protiv Austrije*, presuda, 16. rujna 1996., br. 17371/90.

56 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom ..., *op. cit.*, str. 7-8.

pravo.⁵⁷ Ako se ustanovi da je došlo do povrede materijalne odredbe, Europski sud ne razmatra uvijek odvojeno tvrdnju povrede temeljem čl. 14., zbog toga što se navodi podnositelja odnose na iste prigovore, samo sagledane iz drukčijeg ugla, tako da nema nikakve "pravne svrhe" da se o tomu donosi posebna odluka. Takvo je svoje postupanje Europski sud opisao u presudi *Airey protiv Irske*,⁵⁸ kao posljedicu supsidijarne naravi čl. 14.

Ostaje odgovoriti na pitanje: U kojim slučajevima Europski sud ipak nastavlja ispitivati navodnu povredu čl. 14. u vezi s materijalnom odredbom za koju je već prethodno utvrdio da je povrijeđena?

6.1.3.1. Mjerilo temeljnog aspekta predmeta

Europski sud ne ispituje navodnu povredu čl. 14. ako je utvrđena zasebna povreda materijalnog prava, osim ako se ne radi o jasnoj nejednakosti u postupanju⁵⁹ koja je temeljni aspekt predmeta.⁶⁰ Svoje stajalište o temeljnom aspektu predmeta Europski sud iznio je u presudi *Airey protiv Irske*⁶¹ gdje se radilo o navodnoj povredi čl. 14. u vezi s čl. 6., st. 1.:

"Čl. 14. ne postoji nezavisno; on konstituira jedan konkretan element (zabranu diskriminacije) svakog pojedinačnog prava zajamčenog Europskom konvencijom ... Članci kojima se jamče ta prava mogu biti povrijeđeni zasebno i/ili u vezi s čl. 14. Ako Europski sud ne utvrdi odvojenu povredu jednog od tih članaka na koje se podnositelj pozvao zasebno i u vezi s čl. 14, ... mora ispitati predmet i sa stajališta posljednjeg članka (čl. 14.). S druge strane, takvo ispitivanje općenito se ne zahtijeva kada Europski sud utvrdi povredu prethodnog članka (čl. 6., st. 1.) zasebno. Situacija je drugačija ako jasna nejednakost u postupanju kod uživanja prava o kojemu je riječ je temeljni aspekt predmeta, ali to se ne primjenjuje na povredu čl. 6., st. 1. ... koja je utvrđena u ovom postupku; sukladno tome Europski sud ne nalazi shodnim ispitati predmet i po čl. 14. ..."

Za razliku od predmeta *Airey protiv Irske*, u predmetu *Katolička crkva u Kaneji protiv Grčke*⁶² Europski sud ispitao je i navodnu povredu čl. 14. u vezi s čl. 6., st. 1. nakon što je već prethodno utvrdio samostalnu povredu čl. 6., st. 1.:

"Imajući u vidu svoj zaključak utemeljen na čl. 6., st. 1. Europske konvencije, Europski sud smatra da je povrijeđen i čl. 14. u vezi s čl. 6., st. 1. jer nije izneseno nikakvo objektivno ni razumno opravdanje za takvu razliku u postupanju."

Konačno, za razliku od vijeća Prvog odjela Veliko vijeće razmatralo je predmeta *Oršuš i drugi protiv Hrvatske*⁶³ isključivo s aspekta povrede čl. 14. u vezi s čl. 2.,

57 Vidi, *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 24. veljače 1983.

58 *Airey protiv Irske*, presuda, 9. listopada 1979., br. 6289/73.

59 Vidi, *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 24. veljače 1983., br. 7526/76, *Assenov protiv Bugarske*, 28. listopada 1998., *Velikova protiv Bugarske*, presuda, 18. svibnja 2000., br. 41488/98 i *Angelova protiv Bugarske*, presuda, 13. lipnja 2002., br. 38361/97.

60 LEACH, Philip, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011., str. 399.

61 *Airey protiv Irske*, presuda, 9. listopada 1979., br. 6289/73.

62 *Katolička crkva u Kaneji protiv Grčke*, presuda, 16. studeni 1997., br. 25528/94.

63 *Oršuš i drugi protiv Hrvatske*, presuda, 16. ožujka 2010., br. 15766/03.

Protokola 1. (bez primarnog fokusa, kako su to definirali podnositelji zahtjeva, na pravo na obrazovanje, nalazeći da je upravo pitanje diskriminacije njegov temeljni aspekt). Stoga nije ni ulazilo u zasebno razmatranje prava na pristup obrazovanju.

Je li u nekom predmetu očita nejednakost u postupanju njegov temeljni aspekt, Europski sud uvijek ocjenjuje različito od slučaja do slučaja.⁶⁴

6.2. Pojam diskriminacije

Europska konvencija ne sadrži definiciju diskriminacije. U *Belgijskom jezičnom predmetu* Europski sud je istaknuo da čl. 14. ne zabranjuje državi razlike između svojih građana te je istaknuo da određeni stupanj razlikovanja ne samo da je zakonit već katkada i potreban kako bi se ispravile već postojeće nejednakosti. U brojnim drugim predmetima Europski sud je obrazložio pojam diskriminacije. U predmetu *Kjeldsen protiv Danske*⁶⁵ Europski sud je istaknuo da čl. 14. zabranjuje:

"...diskriminacijsko postupanje koje je utemeljeno na ili ima opravdanje u osobnim obilježjima ("status") kojima se osobe ili skupine ljudi razlikuju od drugih."

U *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁶⁶ istaknuo je :

"Pojam diskriminacije u okviru značenja čl. 14. općenito uključuje predmete kada se s osobom ili skupinom bez opravdanog razloga postupa manje povoljno nego s drugom, iako povoljnije postupanje nije određeno Europskom konvencijom."

Velika većina utvrđenih povreda čl. 14. uključivala je izravnu diskriminaciju⁶⁷ – drukčije postupanje s osobama u relativno sličnim situacijama bez objektivnog i valjanog opravdanja. Međutim, Europski sud je utvrdio da Europska konvencija obuhvaća i neizravnu diskriminaciju⁶⁸ – opća pravila ili mjere koje imaju nerazmjerno štetne učinke na određenu skupinu bez obzira što one nisu posebno usmjerene na tu skupinu.⁶⁹ Tako Europski sud u svojoj praksi razlikuje "različito postupanje" koje može biti opravdano u smislu Europske konvencije i "različito postupanje" koje dovodi do diskriminacije, a time i do povreda čl. 14. u vezi s nekim materijalnim konvencijskim pravom.⁷⁰

Prema Greeru, četiri su čimbenika koji čine smjernice za razgraničenje između (dopuštenog) različitog postupanja i (nedopuštene) diskriminacije u smislu čl. 14. Europske konvencije. Prvo, podnositelj mora pokazati da je osporeno postupanje

64 OMEJEC, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda... cit.*, str. 1300-1301.

65 *Kjeldsen, Busk, Madsen i Pedersen protiv Danske*, presuda, 7. prosinca 1976., br. 5095/71, 5920/72, 5926/72.

66 *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. svibnja 1985., br. 9214/80 9473/81 9474/81.

67 Vidi više u Schutter, Olivier, *op. cit.*, str. 22-23.

68 Vidi, *Hugh Jordan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 4. svibnja 2001., br. 24746/94., *Hoogendijk protiv Nizozemske*, presuda, 6. siječnja 2005., br. 58641/00 i *DH i drugi protiv Republike Češke*, presuda, 13. studeni 2007., br. 57325/00.

69 *Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom ...*, *op. cit.*, str. 9.

70 Vidi, *Kafkaris protiv Cipra*, presuda, 12. veljače 2008., br. 21906/04 i *Torri i drugi protiv Italije*, presuda, 24. siječnja 2012., br. 11838/07, 12302/07.

bilo manje povoljno nego ono koje je primijenjeno na druge usporedive skupine, identitet koji obično određuje sam podnositelj zahtjeva. Primjerice, ako se navodna diskriminacija temelji na spolu, baza usporedbe bit će članovi suprotnog spola koji ne trpe isti navodno nepovoljniji položaj. Riječ je o potrebi postojanja, tzv. usporedivih ili analognih situacija. Drugo, na državi je da pokaže, kao stvar činjenica potkrijepljenih dokazima, da je osporena praksa prihvatljiva i racionalna, odnosno da razlika u postupanju ima objektivno i razumno opravdanje. To će zahtijevati pozivanje na ciljeve politika za koje se smatra da će u tomu pomoći. Riječ je o zahtjevu za postojanjem legitimnog cilja koji se nastoji postići takvom različitim praksom. Treće, učinak postupanja mora biti razmjernan ciljevima politika kojima se teži i takav da ne pogađa pravednu ravnotežu između zaštite općeg interesa zajednice i poštovanja temeljnih ljudskih prava. Četvrto, u obzir se uzima i činjenica smatra li se osporeno postupanje tužene države nediskriminativnim u drugim demokratskim državama (postojanje, tzv. "zajedničke osnove").⁷¹

6.3. Ispitivanje diskriminacije

U praksi Europski sud slijedi standardni pristup u rješavanju zahtjeva o diskriminaciji temeljem čl. 14. Ovaj pristup jasno je izložen u predmetima *Rasmussen protiv Danske*⁷² i *Unal Tekeli protiv Turske*.⁷³ Tako je test diskriminacije dio sudske tehnike ispitivanja "korak po korak" koji je u pravilu oblikovan na sljedeći način: 1.) Pripada li prigovor diskriminacije u područje zaštićenog prava *ratione materiae*?; 2.) Je li povrijeđen članak Europske konvencije ili protokola koji sadržava neko materijalno pravo?; 3.) Postoji li razlika u postupanju?; 4.) Postoji li objektivno i razumno opravdanje za različito postupanje?; 5.) Teži li različito postupanje zakonitom cilju?; 6.) Jesu li primijenjena sredstva opravdano razmjerna sa zakonitim ciljem? te 7.) Premašuje li razlika u postupanju stupanj slobodne procjene države?

6.3.1. Pripada li prigovor diskriminacije u područje zaštićenog prava *ratione materiae*- "ispitivanje područja"

Europski sud odlučuje pripada li prigovor o diskriminaciji u područje nekog materijalnog prava zaštićenog Europskom konvencijom *ratione materiae*. Stoga na početku testa diskriminacije provodi klasičan test *ratione materiae*.⁷⁴ Ako prigovor ne spada u djelokrug zaštićenog prava, utvrđuje da nije nadležan ispitivati prigovore u vezi s čl. 14.⁷⁵

Nadalje, kako bi se utvrdila povreda čl. 14. u vezi s materijalnim pravom, činjenice o kojima se raspravlja moraju biti obuhvaćene područjem jedne ili više

71 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda... *cit.*, str. 1328.

72 *Rasmussen protiv Belgije*, presuda, 28. studeni 1984., br. 8777/79.

73 *Unal Tekeli protiv Turske*, presuda, 16. studeni 2004., br. 29865/96.

74 Za test primjenjivosti Europske konvencije vidi više u OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda... *cit.*, str. 708.

75 *Ibid.*, str. 1331.

drugih odredaba Europske konvencije. U predmetu *Van der Mussele protiv Belgije*⁷⁶ Europski sud smatrao je da se pri ispitivanju mjerodavnosti čl. 14. "pojaviло pitanje jesu li činjenice o kojima se raspravlja u potpunosti izvan područja čl. 4., pa onda i čl. 14." U predmetu *Rasmussen protiv Danske*⁷⁷ Europski sud je iznio:

"Čl. 14. nadopunjuje ostale materijalne odredbe Europske konvencije i protokola. Ne postoji samostalno budući da ima učinak isključivo u odnosu na "uživanje prava i sloboda" koje štite te odredbe. Iako primjena čl. 14., nužno ne predstavlja povredu tih odredaba ... ne može se primijeniti osim ako činjenice o kojima se raspravlja nisu obuhvaćene područjem jednog ili drugog potonjeg."

Posljedica ispitivanja područja je da zahtjev o nezakonitoj diskriminaciji ne može biti podnesen u odnosu na prava koja Europska konvencija ne priznaje. Međutim, tijekom godina sudska praksa Europskog suda proširila je pojam "područja" kako bi uključivao ne samo određeno pravo koje izričito jamči tekst Europske konvencije nego i zahtjeve koji su obuhvaćeni širim područjem koje pokriva takvo pravo.⁷⁸ Drugim riječima, u predmetu *EB protiv Francuske*⁷⁹ utvrdio je:

"... zabrana diskriminacije prema čl. 14. ... proširuje se i izvan zaštite prava i sloboda sadržanih u Europskoj konvenciji i protokolima, a koja jamče države. Primjenjuje se na dodatna prava, koja općenito potpadaju pod materijalnu odredbu Europske konvencije, a koja su dobrovoljno zaštićena u državama ugovornicama."⁸⁰

Tako je Europski sud određene odredbe tumačio šire kako bi priznao da su dodatna prava obuhvaćena opsegom zaštite takvih odredaba. Primjerice Europski sud je prihvatio da su prava na zaposlenje obuhvaćena opsegom prava na privatni život u skladu sa čl. 8. U predmetu *Sidabras i Dziautas protiv Litve*⁸¹ podnositeljima zahtjeva litvanski zakon je branio traženje zaposlenja u različitim područjima privatnog sektora jer su bivši članovi KGB-a. Tvrdili su da zabrana dovodi do povrede čl. 8. samog po sebi i u vezi s čl. 14. Europske konvencije. Jedno od ključnih pitanja bilo je, je li čl. 8., a time i čl. 14. mjerodavan. Europski sud je smatrao da se s podnositeljima zahtjeva postupalo drukčije nego s ostalim ljudima na temelju odanosti ili nedostatka državi, a to je bio razlog za drukčije postupanje koji je navela država. U odnosu na mjerodavnost čl. 8. Europski sud je utvrdio da je njegova dotadašnja praksa koja se odnosila na činjenicu da je privatni život temeljem čl. 8. širok pojam koji nije podoban za iscrpnu definiciju. Smatrao je da u odnosu na određena mišljenja koja prevladavaju u demokratskim državama, "dalekosežna zabrana zapošljavanja u privatnom sektoru utječe na privatni život". Europski sud je tako utvrdio povredu čl. 14.⁸²

Za potrebe ovog rada bitna je veza čl. 8. i čl. 14. Europske konvencije. Tako Europski sud nije dao iscrpnu definiciju prava na privatni život koje se jamči čl. 8., već je utvrdio da je ovdje riječ o širokom pojmu. Tako privatni život između ostalog

76 *Van der Mussele protiv Belgije*, presuda, 23. studeni 1983., br. 8919/80.

77 *Rasmussen protiv Danske*, presuda, 28. studeni 1984., br. 8777/79.

78 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom ..., *op. cit.*, str. 13.

79 *EB protiv Francuske*, presuda, 22. siječnja 2008., br. 43546/02.

80 HARRIS, David John, *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009., str. 580-581.

81 *Sidabras i Dziautas protiv Litve*, presuda, 27. srpnja 2004., br. 55480/00, 59330/00.

82 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom ..., *op. cit.*, str. 14.

uključuje i fizički i psihički integritet osobe, ugled i čast pojedinca kao i aktivnosti profesionalne i poslovne prirode, kao i ograničenje pristupa pojedinim profesijama ili zaposlenju.⁸³ Također, čl. 8. štiti pravo na identitet i osobni razvoj, te pravo na uspostavljanje i razvijanje veza s drugim osobama i vanjskim svijetom, uključujući djelatnosti profesionalne ili poslovne naravi⁸⁴ koje se mogu odvijati u javnom kontekstu.⁸⁵

6.3.2. *Je li povrijeđen članak Europske konvencije ili protokola koji sadržava neko materijalno pravo*

U velikom broju predmeta praksa Europskog sud bila je najprije odrediti je li povrijeđena neka od materijalnih odredbi Europske konvencije, a onda je li time došlo i do diskriminacije. Najčešće, ako je utvrđena povreda materijalne odredbe Europski sud neće zasebno ispitivati povredu čl. 14. Takva se praksa ne temelji na logičkim posljedicama već je dokaz određene sudske ekonomije.⁸⁶

Međutim u sudskoj praksi Europskog suda ima predmeta u kojima je bilo teže utvrditi radi li se o povredi materijalne odredbe Europske konvencije ili o diskriminaciji.⁸⁷ Tako je Europski sud ispitivao i zahtjeve u kojima se samo pozivalo na povredu čl. 14.⁸⁸

6.3.3. *Postoji li razlika u postupanju*

U tipičnom predmetu u kojemu Europski sud ispituje je li došlo do diskriminacije, podnositelj zahtjeva će tvrditi kako se s njim postupalo drukčije nego s drugima s kojima se iako se nalaze u sličnoj situaciji kao i on postupalo bolje.⁸⁹ Često, podnositelj tvrdi kako osnova za različito postupanje leži u činjenici da je on član grupe koja se za razliku od članova druge grupe tretira nepovoljnije, a grupe bi trebale biti u istom položaju. Uobičajeno, podnositelj ne bi trebao imati problema u dokazivanju nepovoljnijeg postupanja. Tako je Europski sud utvrdio postojanje određenih situacije u kojima podnositelj i država utvrđuju je li došlo do razlika u postupanju.⁹⁰

6.3.3.1. *Analogne situacije*

Nisu sve razlike u postupanju značajne za svrhu čl. 14. U većini predmeta u kojima se radilo o izravnoj diskriminaciji podnositelji zahtjeva nastoje usporediti

83 OMEJEC, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda... cit.*, str. 931-932.

84 *Niemietz protiv Njemačke*, presuda, 16. prosinca 1992., br. 13710/88.

85 GOMIEN, Donna, *Europska konvencija o ljudskim pravima*, Zadar, Naklada i Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2007., str. 133.

86 *Vidi, Moustaqim protiv Belgije*, presuda, 18. veljače 1991., br. 12313/86 i *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 27. rujna 1999., br. 33985/96, 33986/96.

87 *Hoffman protiv Austrije*, presuda, 23. lipnja 1993., br. 12875/87 i *Stubbings protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 22. listopada 1996., br. 22083/93, 22095/93.

88 REID, Karen, *A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights*, London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2012., str. 371-372.

89 *Van der Mussele protiv Belgije*, presuda, 23. studeni 1983., br. 8919/80.

90 HARRIS, David John, *et al.*, *op. cit.*, str. 582.

sebe s drugima u usporednom ili analognom položaju ili u "relativno sličnoj" situaciji u odnosu na druge. Stoga Europski sud poduzima ispitivanje usporedivosti (tzv. test usporedivosti) što znači da nastoji utvrditi sličnost situacija koje se ispituju u zahtjevu. Tako je Europski sud u *Belgijskom jezičnom predmetu* smatrao da je drukčije postupanje neprimjereno samo ako ono postoji između pojedinaca u relevantno sličnim situacijama. U *Lithgow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁹¹ naveo je da čl. 14. "čuva osobe ... koje su u analognim situacijama kod diskriminacijskih razlika u postupanju." Podnositelj mora identificirati skupinu s kojom se drukčije postupa. U *Van der Mussele protiv Belgije* podnositelj zahtjeva, odvjetnički vježbenik, tvrdio je da se s njim postupalo manje povoljno (jer je bio prisiljen pružati besplatne pravne usluge) od pripadnika ostalih struka, koji nisu bili obvezni raditi besplatno, iako su njihovi položaji bili slični njegovom. Europski sud je odbacio njegov zahtjev i smatrao da postoje temeljne razlike u uređenju različitih struka te da se stoga one ne mogu uspoređivati. U *Fredin protiv Švedske*⁹² podnositelji su tvrdili da je oduzimanje licence za vađenje šljunka diskriminacijsko. Tvrdili su da su u istom položaju kao i drugi vlasnici licenci kojima je bilo dopušteno da nastave s djelatnošću i nisu bili poput onih kojima je licenca ukinuta zbog zaštite okoliša. Europski sud je tražio da podnositelj zahtjeva dokaže da je njegova situacija slična onima s kojima se bolje postupalo. Međutim, podnositelji zahtjeva su dokazali samo da nisu u potpunosti poput onih kojima je ukinuta licenca. Europski sud je smatrao da to nije isto kao i dokazivanje da su slični onima koji još obavljaju djelatnost, i stoga država nije morala obrazložiti zašto je s njima postupala drukčije. Naveo je da kako bi zahtjev bio uspješan mora biti „između ostalog, utvrđeno da se situacija navodne žrtve može smatrati sličnom onoj osoba s kojima se bolje postupalo.”⁹³

6.3.3.2. Propust drukčijeg postupanja

Do diskriminacije može doći kada dođe do propusta da se s različitim pojedincima ili skupinama postupa drukčije.⁹⁴ U praksi se pitanje nalaze li se pojedinci u različitim situacijama katkada ocjenjuje u odnosu na opravdanje koje odredi država. Države ponekad pokušavaju neutralizirati razliku koju navodi podnositelj zahtjeva tvrdeći da se skupine mogu različito kategorizirati posebice kada je podnositelj zahtjeva utemeljio svoj zahtjev na sumnjivim kategorijama poput rase, spola ili vjere. Sumnjive kategorije su temelji diskriminacije koje Europski sud podvrgava većem stupnju ispitivanja od drugih klasifikacija, tražeći čvršće razloge kako bi opravdao drukčije postupanje. Ako klasifikacija koju predlaže država (tj. njezino obrazloženje za pravljenje razlika između dvije skupine) odbije Europski sud, manje je vjerojatno da će prihvatiti da postoji objektivno i valjano opravdanje na temelju drugog dijela ispitivanja temeljem članka 14. U tom smislu, razmatranje dva odvojena pitanja često se usko preklapa.⁹⁵

91 *Lithgow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 8. srpnja 1986., br. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81 9266/81, 9313/81, 9405/81.

92 *Fredin protiv Švedske*, presuda, 18. veljače 1991., br. 12033/86.

93 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom ..., *op. cit.*, str. 14-15.

94 *Thlimmenos protiv Grčke*, presuda, 6. travnja 2000., br. 34369/97.

95 Vidi, *Timishev protiv Rusije*, presuda, 13. prosinca 2005., br. 55762/00, 55974/00.

6.3.4. Opravdanje za razlike u postupanju

Ne uzrokuje svako drukčije postupanje povredu čl. 14. Razlika nije diskriminacijska kada ima objektivno i razumno opravdanje.⁹⁶ Različito postupanje može se objektivno i razumno opravdati: 1) kada ima legitimni cilj i 2) kada su sredstva koja se pritom primjenjuju razumno razmjerna legitimnom cilju koji se nastoji postići. *Belgijski jezični predmet*⁹⁷ u tom smislu je značio prekretnicu u sudskoj praksi:

"Kada je riječ o tom pitanju, Europski sud ... smatra da je načelo jednakosti postupanja povrijeđeno ako ne postoji objektivno i razumno opravdanje razlikovanja. Postojanje takvog (objektivnog i razumnog) opravdanja mora se ocjenjivati u odnosu prema cilju i posljedicama razmatrane mjere, s tim što treba voditi računa o načelima koja uobičajeno prevladavaju u demokratskim društvima. Razlika u postupanju u ostvarivanju prava zajamčenih Europskom konvencijom može postojati samo ako se pritom teži ostvarenju legitimnog cilja: čl. 14. Europske konvencije je ... stoga povrijeđen onda kad se jasno utvrdi da nema nikakvog razumnog odnosa razmjernosti između upotrijebljenih sredstava i cilja ostvarenju kojem se težilo."

6.3.4.1. Opravdani (legitimni) cilj

U velikom broju predmeta u kojima se podnositelji žale zbog navodne diskriminacije u ostvarenju nekoga materijalnoga konvencijskog prava većina tuženih država priznaje da je od trenutka kad je utvrđeno da postoji razlika u postupanju – potrebno pružiti racionalno opravdanje za tu razliku. Sadržaj opravdanja koji tužena država predočuje Europskom sudu ovisi o prirodi različitog postupanja o kojem je riječ. Ipak načelno se može zaključiti da države stranke u pravilu nemaju posebnih poteškoća u dokazivanju da je razlika u postupanju bila uvjetovana težnjom za ostvarivanjem određenoga legitimnog cilja. Pri dokazivanju legitimnog cilja u slučaju različitog postupanja tužena država ugovornica mora pokazati i prirodu legitimnog cilja kojemu se teži, ali istodobno mora pokazati, na temelju uvjerljivih dokaza, da postoji veza između legitimnog cilja ostvarenju kojem se teži i različitog postupanja kojemu podnositelj zahtjeva prigovara.⁹⁸

6.3.4.2. Razmjernost

Ispitivanje razmjernosti zahtijeva procjenu postoji li opravdani odnos razmjernosti između korištenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti. U *Belgijskom jezičnom predmetu*⁹⁹ Europski sud je istaknuo da Europska konvencija:

96 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom ..., *op. cit.*, str. 16.

97 Belgijski jezični predmet (Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium), presuda, 23. srpnja 1968., br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64. Vidi i *Marckx protiv Belgije*, presuda, 13. lipnja 1979., br. 6833/74., *Rasmussen protiv Danske*, presuda 28. studeni 1984. i *Inze protiv Austrije*, presuda, 28. listopada 1987., br. 8695/79.

98 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda... *cit.*, str. 1333-1334.

99 Belgijski jezični predmet (Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in

*"Ne brani razlike u postupanju koje su utemeljene na objektivnoj procjeni znatno različitih činjeničnih okolnosti i koje budući da su utemeljene na javnom interesu postiže pravednu ravnotežu između zaštite interesa zajednice i poštovanja prava i sloboda koje čuva Europska konvencija."*¹⁰⁰

U presudi *Unal Tekeli protiv Turske*¹⁰¹ naglašeno je značenje razmjernosti u postupanju:

"Prema praksi Europskog suda, razlika u postupanju diskriminatorna je u smislu čl. 14. Europske konvencije ako za nju ne postoji objektivno i razumno opravdanje. Postojanje takvog opravdanja mora se procjenjivati prema načelima koja normalno prevladavaju u demokratskim društvima. Nije dostatno da razlika u postupanju u ostvarivanju konvencijskog prava bude samo izraz težnje prema ostvarenju legitimnog cilja: čl. 14. isto je tako povrijeđen ako se jasno utvrdi da nema razumnog odnosa razmjernosti između primijenjenih sredstava i cilja ostvarenju kojeg se težilo..."

Test razmjernosti zahtijeva procjenu postoji li razuman odnos razmjernosti između primijenjenih sredstava i cilja kojemu se težilo i je li položaj u koji je podnositelj zahtjeva stavljen zbog ostvarivanja legitimnog cilja bio pretjerano nepovoljan za njega. Utvrdi li se da je podnositelj zahtjeva u konkretnom predmetu trpio prekomjerni teret i čl. 14. u vezi s tim materijalnim konvencijskim pravom najvjerojatnije će biti povrijeđen.¹⁰²

6.3.5. Stupanj slobodne procjene države

U primjeni čl. 14. države ugovornice Europske konvencije uživaju određeni stupanj slobodne procjene. Ovlaštene su autonomno odlučiti u kojoj mjeri određene razlike u situacijama koje su inače slične opravdavaju različito zakonsko uređenje. Stupanj slobodne procjene država ne spominje se često u predmetima pokrenutim na temelju čl. 14. u vezi s nekim materijalnim konvencijskim pravom. Ipak, neka pravila se mogu postaviti jer je Europski sud dao određene smjernice o tome koji čimbenici mogu utjecati na stupanj slobodne procjene u primjeni tog članka.¹⁰³ Tako je Europski sud u predmetu *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁰⁴ iznio:

"Svojim izravnim i stalnim kontaktom s bitnim snagama svojih država, državne vlasti su u načelu u boljem položaju od međunarodnog suca dati mišljenje o točnom sadržaju uvjeta kao i o potrebi, ograničenjima ili kaznama koje moraju ispuniti."

Europski sud je dao upute o čimbenicima koji bi mogli utjecati na stupanj slobodne procjene. Opseg stupnja slobodne procjene ovisit će o okolnostima predmeta i njegovoj pozadini. Tako jedan od relevantnih čimbenika može biti postojanje ili nepostojanje zajedničkog temelja između država ugovornica. Međutim, čak i kada

education in belgium" v. Belgium), presuda, 23. srpnja 1968., br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

100 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom ..., *op. cit.*, str. 18.

101 *Unal Tekeli protiv Turske*, presuda, 16. studeni 2004., br. 29865/96.

102 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda... *cit.*, str. 1334-1335.

103 *Ibid.*, str. 1335-1336.

104 *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 7. prosinca 1976., br. 5493/72.

država ima široki stupanj slobodne procjene, njezina procjena nije slobodna i uvijek podliježe preispitivanju Europskog suda.

Kao što je Europski sud naveo u predmetu *Fretté protiv Francuske*¹⁰⁵ stupanj slobodne procjene ne može se tumačiti kao da državi daje arbitrarnu ovlast, odluka vlasti uvijek podliježe preispitivanju Europskog suda u odnosu na usklađenost s čl. 14.¹⁰⁶

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Poredbenom analizom kriterija imenovanja javnih bilježnika vidimo da postoje jasna pravila o prihvatljivim kriterijima za njihov izbor. Tako države bez obzira na postupak koji su usvojile moraju osigurati da osobe izabrane za javne bilježnike budu osobe s moralnim kvalitetama i sposobnostima (kvalitativni kriterij) te odgovarajućim obrazovanjem i kvalifikacijama (kvantitativni kriterij). Nadalje, kriteriji izbora ne smiju biti diskriminatorni i moraju pružati sigurnost protiv imenovanja zasnovanih na pristranosti, predrasudama, isključujući time mogućnost diskriminacije i na temelju imovine, odnosno ekonomskog ili drugog statusa. Pravno gledajući, diskriminacija je povreda ljudskog prava na jednakost. Pravo čovjeka je da ni zbog kojeg svog svojstva ne bude diskriminiran bez razumnog i opravdanog razloga, a i tada, da ne bude diskriminiran nerazmjerno tom razlogu. Iako je zabrana diskriminacije definirana u tuzemnim¹⁰⁷ i međunarodnim dokumentima,¹⁰⁸ praksa Suda za ljudska prava upućuje na to da države imaju široko polje slobodne procjene u pravljenju razlike na osnovi imovine. Kako se Republika Hrvatska svim navedenim aktima obvezala svakome osigurati svaku potrebnu zaštitu u slučaju diskriminacije, kako bi pravo na jednakost doista bilo praktično i djelotvorno, „testom diskriminacije“¹⁰⁹ potvrdit ćemo tezu kako kriterij prezaduženosti predstavlja diskriminatorni element za obavljanje javnobilježničke službe?

105 *Fretté protiv Francuske*, presuda, 26. veljače 2002., br. 36515/97.

106 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom ..., *op. cit.*, str. 20.

107 Procesom usklađivanja zakonodavstva s međunarodnim standardima kao i aktivnom suradnjom s međunarodnim tijelima te prihvatanja njihovih preporuka, ali i reformi provedenih u području nacionalnog zakonodavstva, Republika Hrvatska na području suzbijanja diskriminacije donijela je 2008. Zakon o suzbijanju diskriminacije. Također niz propisa sadržava određene materijalne i postupovne antidiskriminacijske odredbe (osim Ustava Republike Hrvatske, vidi primjerice, Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina, Zakon o radu, Zakon o ravnopravnosti spolova, Zakon o istospolnim zajednicama, Kazneni zakon, Zakon o službi u oružanim snagama Republike Hrvatske, Zakon o državnim službenicima, Zakon o kaznenom postupku, Zakon o parničnom postupku, Zakon o općem upravnom postupku). Podrobnije BODUL, Dejan, GRBIĆ, Sanja, SMOKVINA, Vanja, *Diskriminacija osoba s invaliditetom i njihova uključenost u društvo s naglaskom na pravo pristupa sudu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, 2012., br. 2., str. 667-695.

108 Dokumentima Ujedinjenih naroda i Međunarodne organizacije rada; Dokumentima Vijeća Europe te u Europskom pravu. Podrobnije, Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije, (ŠIMONOVIC, Tena, ur.), Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 1-163.

109 Test je formulirala Predsjednica Ustavnog suda. Vidi OMEJEC, Jasna, *Zabranu diskriminacije u praksi Europskog suda... cit.*, str. 958-960.

1.) Pripada li prigovor diskriminacije u područje zaštićenog prava *ratione materiae*?

Prigovor diskriminacije svakako potpada pod područje zaštićenog prava *ratione materiae* Europske konvencije i u uskoj je vezi s čl. 8. (čl. 8. + čl. 14.). Postavljenjem kriterija prezaduženosti kao kriterija za pristup javnobilježničkoj službi dolazi do diskriminacije u odnosu na privatni život (koji jamči čl. 8.) jer on obuhvaća i aktivnosti profesionalne i poslovne prirode, kao i ograničenje pristupa pojedinim profesijama ili zaposlenju.

2.) Je li je povrijeđen članak Konvencije koji sadrži neko materijalno pravo?

Budući da dolazi do diskriminacije koja je u uskoj vezi s čl. 8. autori smatraju kako kriterij prezaduženosti dovodi i do povrede materijalnog prava Europske konvencije koje jamči čl. 8., a koje se odnosi, u skladu s gore navedenim, na povredu privatnog života.

3) Postoji li razlika u postupanju?

Razlika u postupanju sastoji se u samom kriteriju prezaduženosti kao uvjetu za obavljanje javnobilježničke službe. Sva zanimanja karakterizira jedan ili više propisa koji ograničavaju ulazak u profesiju, a koje se odnose na osobne karakteristike kandidata. Budući da se obavljanje javnobilježničke profesije uvjetuje i kriterijem prezaduženosti time dolazi do razlika u postupanju pri ispunjavanju uvjeta za obavljanje javnobilježničke službe. Sud za ljudska prava ovdje provodi test usporedivosti kako bi utvrdio radi li se o analognim situacijama, tj. situacijama u kojoj se nalazi žrtva diskriminacije, a koja se može smatrati sličnom onoj u kojoj se nalaze osobe s kojima se bolje postupalo. Stoga činjenica da kriterij prezaduženosti ne postoji kao uvjet obavljanja drugih službi od javnog interesa, primjerice u sudstvu, dovodi do diskriminacije. Ovdje Sud za ljudska prava ispituje i je li došlo do drukčijeg postupanja, tj. ispituje opravdanja država da se određene skupine mogu različito kategorizirati, što opet dovodi do diskriminacije u odnosu na obavljanje javnobilježničke službe jer je samo u odnosu na njih uveden navedeni kriterij za koji niti ne postoji precizno, dakle *ex lege*, određena definicija.

4) Postoji li opravdanje za razlike u postupanju?

Razlike u postupanju mogu se opravdati jedino ostvarenjem legitimnog cilja. Veza između ostvarenja legitimnog cilja i različitog postupanja mora biti opravdana. Uz to za opravdanje različitog postupanja bitno je i načelo razmjernosti. Odnosno mora postojati razmjernost korištenih sredstava i cilja kojem se teži. Ako je podnositelj stavljen u položaj koji je pretjerano nepovoljan za njega, a samo zbog ostvarenja tog cilja i time on trpi prekomjerni teret doći će do diskriminacije. Konkretno, ono što se postavlja kao pitanje u našem slučaju je, je li ostvarena pravedna ravnoteža između zahtjeva vršenja javne službe i zahtjeva zaštite temeljnih prava pojedinca, odnosno je li zakonodavac dokazao da nije očigledno nerazumno očekivati da će se implementacijom kriterija prezaduženosti kao negativnog kriterija za pristup javnobilježničkoj službi ostvariti društveni cilj koji bi trebao biti koristan za društvo u cjelini? Naime, činjenica je da država u konkretnom slučaju nije objektivizirala kriterij prezaduženosti kao kriterij obavljanja javnobilježničke službe čime nije spriječila arbitrarno postupanje, odnosno postupanje kojim se određena osoba namjerno može

dovesti u nepovoljni položaj zbog svoje osobne karakteristike. To onda dovodi do povrede prava na privatni život iz čl. 8 kao i povrede čl. 14. Europske konvencije. Dakle, ako se jednakost svodi na istovjetnost u postupanju, načelo zakonitosti nalaže definiranje prezaduženosti jer bi se na taj način mogla primijeniti jednaka mjerila na nejednake situacije, odnosno na *ex facto* određenu prezaduženost u svakoj konkretnoj situaciji.

5) Premašuje li razlika u postupanju nacionalno područje slobodne prosudbe države?

Opseg stupnja slobodne procjene varirat će u skladu s okolnostima, predmetom i njegovom pozadinom. U tom smislu jedan od relevantnih čimbenika može biti postojanje ili nepostojanje zajedničkog temelja između država ugovornica. Ovdje je očigledno nepostojanje zajedničkog temelja između država ugovornica, budući da jedino hrvatsko zakonodavstvo određuje kriterij prezaduženosti kao prepreku za obavljanje javnobilježničke službe. Međutim, države mogu imati i širok stupanj slobodne procjene, ali on se ne smije tumačiti kao da državi daje arbitrarnu ovlast dok u kontekstu ovog rada stupanj slobodne procjene Republike Hrvatske doista predstavlja arbitrarno postupanje.¹¹⁰

110 Štoviše, to nije ni jedinstveni slučaj u zakonu. Primjerice, zanimljivo je da zakonodavac smatra kako je nedostojna javnog povjerenja za obavljanje javnobilježničke službe osoba protiv koje je pokrenut kazneni postupak (čl. 13., st. 2., t. 1. ZJB). Ta osoba ne može biti imenovana javnim bilježnikom, ali isto javni bilježnik protiv kojeg je nakon imenovanja pokrenut kazneni postupak mora biti razriješen. Navedenim odredbama o razrješenju, javni bilježnici mogu biti razriješeni zbog **pokretanja** kaznenog postupka, i to prije nego što im se u kaznenom postupku pravomoćno dokaže krivnja. Bez detaljne analize ove odredbe, ali i relevantnih odredbi Zakona o kaznenom postupku (NN, br. 152/08., 76/09., 80/11., 121/11., 91/12., 143/12., 56/13. i 145/13., čl. 17.) 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. Stoga je i opravdano rješenje sadržano u, primjerice, Zakonu o notarima u BiH, koje kao razlog za razrješenje i prestanak službe notara navodi pravomoćnu odluku suda kojom je pravomoćno utvrđeno da je notar kazneno odgovoran za određeno kazneno djelo (čl. 31.).

Summary

INDEBTEDNESS AS DISCRIMINATORY ELEMENT FOR PERFORMING NOTARIAL SERVICES: CROATIAN SOLUTION AND EUROPEAN EXPERIENCE

Analysis of the historical development of institute of notaries and comparative analysis of legal systems show that the institute of notaries is regulated differently, but what is common to all systems and refers to the legal nature of this institute is the fact that the notaries are persons worthy of public trust. This statement is the backbone of all the considerations relating to the institution of the notaries and their activities in the field of European legislation. The aim of this paper is to analyze the anachronism of indebtedness criteria as one of the positive legal obstacles in performing notarial services adequately. The complexity of the research topic and tasks of this paper have determined the choice of methods that are used here. During the research it was used methodological approach that includes the study of domestic and foreign literature, the study of relevant legislation, as well as an analysis of domestic and international jurisprudence. In this paper, authors shall analyze the case law of the European Court of Human Rights according to Article 14 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Prohibition of discrimination).

Key words: *notaries, criteria for selection, indebtedness, analysis of comparative legal experiences.*

Zusammenfassung

KRITERIUM DER ÜBERSCHULDUNG ALS DISKRIMINIERUNGSELEMENT FÜR DIE AUSÜBUNG DES NOTARAMTS: KROATISCHE BESCHLÜSSE UND EUROPÄISCHE ERFAHRUNGEN

Die Analyse der historischen Entwicklung und der Regelungen des Instituts des Notars in der Rechtsvergleichung zeigt, dass man von unterschiedlichen Konzeptionen ausgeht, aber das was allen Systemen gemeinsam ist und bezieht sich auf die Rechtsnatur dieses Instituts, ist die Tatsache, dass der Notar eine mit besonderem Vertrauen ausgestattete Person ist. Diese Aussage gehört zur Hauptstruktur aller Überlegungen bezüglich des Instituts des Notars und seiner Tätigkeit im Bereich der europäischen Gesetzgebung. Das Ziel der Arbeit ist es, den Anachronismus des Kriteriums der

Überschuldung als eines der positiv-rechtlichen Hindernisse für die würdige Ausübung des Notaramts zu analysieren. Die Komplexität des Forschungsgegenstandes und der Aufgaben haben die Methodenwahl bestimmt, so dass man bei der Forschung den methodologischen Ansatz benutzte, welcher die Recherche einheimischer und fremder Literatur und entsprechender Gesetzesvorschriften sowie die Analyse heimischer und fremder Rechtsprechung einschließt. In der Arbeit wird man auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Verfahren bezüglich des Art. 14 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Diskriminierungsverbot) analysieren.

Schlüsselwörter: *Institut des Notars, Auswahlkriterien, Überschuldung, Analyse der Erfahrungen in der Rechtsvergleichung.*

Riassunto

**IL CRITERIO DELL'INDEBITAMENTO QUALE
ELEMENTO DISCRIMINATORIO NELL'ESPLETAMENTO
DELLE FUNZIONI NOTARILI:
LA SOLUZIONE CROATA E LE ESPERIENZE EUROPEE**

Mediante l'analisi dello sviluppo storico e della disciplina comparata dell'istituto del notaio possiamo concludere come si parta da concezioni diverse; ma ciò che accomuna tutti i sistemi e si riferisce alla natura giuridica di tale istituto è la circostanza che il notaio è persona meritevole della fiducia pubblica. Tale affermazione funge da struttura di tutte le considerazioni che si riferiscono all'istituto del notaio ed alla sua funzione nell'ambito della legislazione europea. Lo scopo del lavoro è di analizzare l'anacronismo del criterio di indebitamento quale uno degli impedimenti giuspositivistici al dignitoso espletamento della funzione notarile. La complessità dell'oggetto d'indagine ed i compiti impostisi hanno determinato la scelta del metodo; sicché in occasione dell'indagine s'è usato l'approccio metodologico che include l'analisi della letteratura nazionale e straniera, dei relativi testi di legge, come anche l'analisi della giurisprudenza sia interna che straniera. Nel lavoro si analizzerà anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nei procedimenti in base all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (divieto di discriminazione).

Parole chiave: *istituto del notaio, criterio di scelta, indebitamento, analisi comparata delle esperienze giuridiche.*

SURADNJA (DIJALOG) IZMEĐU NACIONALNIH UPRAVNIH SUDOVA, SUDA EUROPSKE UNIJE I EUROPSKOG SUDA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA

Dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.988.85:341.645(4)EU
Ur.: 9. siječnja 2014.
Pr.: 27. veljače 2014.
Prethodno pripoćenje

Sažetak

U radu se razmatra suradnja (dijalog) između nacionalnih upravnih sudova i Suda Europske unije, te se utvrđuju najznačajniji elementi te suradnje. Posebna se pozornost daje prethodnom postupku i položaju hrvatskih upravnih sudova u njemu. Ukazuje se na odnos između nacionalnih upravnih sudova, Suda Europske unije i Europskog suda za zaštitu ljudskih prava nakon Lisabonskog ugovora. Ujedno se razmatraju i rješenja prihvaćena u drugim zemljama s posebnim naglaskom na utjecaj francuskog upravnog prava na suradnju (dijalog) između sudova.

Ključne riječi: *suradnja (dijalog), upravni sud, Sud Europske unije, Europski sud za zaštitu ljudskih prava.*

1. UVOD

Razmatranje artikulacije između nacionalnih pravnih poredaka i pravnog poretka Europske unije uvijek je složen pothvat zbog izvorne dvosmislenosti europske konstrukcije. Postalo je uobičajno naglašavati kako Europska unija nije niti federalna država niti međunarodna organizacija poput drugih, već predstavlja entitet sui generis. Među njezinim originalnim obilježjima jedno od najznačajnijih je podjela uloga dodijeljenih nacionalnim i europskim sucima. Njezino pravo utemeljeno je međunarodnim ugovorom iz kojeg zakonodavnim postupcima zajedničkim svim državama članicama proizlazi, tzv. sekundarno pravo, no njegova su primjena i jamstvo decentralizirani. Rimski ugovor dodjeljuje sucima različite komplementarne sudbene funkcije kako bi jamčio jedinstvo europskog prava i njegovu učinkovitu primjenu koja poštuje nacionalne procedure. S jedne strane, prema Ugovoru, Sud Europske unije treba jamčiti izvjesno jedinstvo europskoga prava, a s druge, nacionalni suci čiji legitimitet proizlazi iz njihova nacionalnog pravnog poretka – vrlo često ustavnog – moraju primjenjivati europsko pravo u sporovima u kojima sude. Kao europski suci općeg prava, oni se, prirodnim slijedom stvari, susreću s poteškoćama vezanim za uklapanje europskog pravnog poretka u nacionalni. Također moraju osigurati

stalnu ravnotežu između poštivanja vlastitog nacionalnog pravnog poretka i razvoja „integracijskog prava“.

Zbog toga proučavanje artikulacije između nacionalnog i europskog pravnog poretka predstavlja privilegirano područje dijaloga između nacionalnih i europskih sudaca. Ulaskom Republike Hrvatske u punopravno članstvo Europske unije čini se prirodnim naznačiti na najnovije promjene u razvoju tog dijaloga te pokušati skicirati njegovu budućnost.

2. KONCEPT „DIJALOGA SUDACA“

Već pola stoljeća i kao što je naglašavao Bruno Genevois,¹ istinski začetnik koncepta „dijaloga sudaca“, odnos između sudova Europske unije i nacionalnih sudova u znaku su dijaloga i suradnje. I upravo zbog toga Europska unija danas pronalazi svoju dosljednost.

Ideja dijaloga između europskih i nacionalnih sudova proizlazi iz načela lojalne suradnje između Europske unije i njezinih država članica: na razini Europske unije ne smije postojati niti vladavina sudaca niti rat sudaca. Mora biti mjesta za dijalog sudaca.² Ipak, dijalog sudaca ne predstavlja pravilo, pravno načelo niti zakonski cilj, a još manje ustavni ili pojam iz sudske prakse. Možemo jedino pretpostaviti da je on dio politike sudske prakse koja je bez sumnje nejednako proširena unutar različitih sudova.³

Dijalog sudaca predstavlja više praktičnu potrebu negoli pravnu obvezu što se objašnjava nepostojanjem sudbene hijerarhije između europskih i nacionalnih sudova. Njezin je cilj, osobito u svjetlu osiguranja pravne sigurnosti, izbjeći proturječnu sudsku praksu vezanu za isti predmet ili isti pravni problem. Stoga se pitanje dijaloga osobito postavlja kad nacionalni sudac donosi presudu u ime nekog drugog pravnog poretka, kao što je slučaj nacionalnog suca u njegovoj ulozi europskog suca općeg prava. Tako se dijalog može opisati i kao komunikacija koja nužno ujedinjuje, s ciljem provedbe europskog prava, nacionalne i europske sudove u njihovoj zadaći donošenja presuda i primjene prava.⁴

Taj se dijalog rodio i procvjetao zahvaljujući podjeli uloga između nacionalnih i europskih sudova koja proizlazi iz čl. 267⁵ i čl. 274 Ugovora o funkcioniranju Europske unije.⁶ Postupak prethodnog pitanja iz čl. 267 Ugovora o funkcioniranju Europske unije koji se ponekad opisuje kao kamen temeljac europskog pravnog poretka ili istinski izvor fertilizacije europskog prava omogućio je Sudu Europske unije da postavi temelje europskog pravnog poretka. Članak navodi kako, u biti, Sud Europske unije ima neku vrstu relativnog monopola na tumačenje pravila ugovora i

1 Izraz „dijalog sudaca“ duguje svoju slavu Brunu Genevoisu koji ga je sistematizirao.

2 Lichè, F., Potvin-Solis L., Raynouard, A., *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004., str. 242.

3 Boucher, J., Bourgeois-Machureau, B., *Le droit international, le droit communautaire, le droit interne et ... le juge administratif*, AJDA, Paris, 2008., str. 1085.

4 Boucher, J., Bourgeois-Machureau, B., str. 1085.

5 Bivši čl. 234 Ugovora o osnivanju Europske zajednice.

6 Bivši čl. 240 Ugovora o osnivanju Europske zajednice.

svih akata sekundarnog prava koji iz njega proizlaze s jedne strane, te na procjenu valjanosti akata sekundarnog prava s druge. Tako Sud Europske unije postaje instanca koja jamči jedinstveno tumačenje europskog prava. Iz kombiniranog čitanja čl. 267 i 274 Ugovora o funkcioniranju Europske unije proizlazi da je zadaća nacionalnog suca primjena ugovora i sekundarnih akata budući da je on europski sudac općeg prava te postavljanje prethodnog pitanja Suda Europske unije kad pred sobom ima neko novo pitanje europskog prava. No dijalog putem prethodnog pitanja može se u potpunosti razviti samo ako se nacionalni sudac na to osjeća prisiljenim (...) zbog eventualne intervencije Suda Europske unije koja se može doživjeti čak i kao sankcija.⁷ Svjestan tog rizika i nakon promjena vezanih za nadzor dopuštenosti prethodnih pitanja koja je potvrđena presudom Foglia iz 1989., Sud odnedavno tumači uvjete dopuštenosti prethodnog postupka manje strogo te se ograničava na kontrolu očite nedopuštenosti.

Ideja dijaloga sudaca koja je odraz recipročne igre utjecaja, a ne nekakvog dominantnog odnosa u korist Suda Europske unije, podrazumijeva suradnju te prostor razmjene i slobode bez kojeg bi dijalog bio iluzoran. Zato fleksibilnost mora ostati jedan od pokretačkih elemenata dijaloga. U odnosima između sudskih praksi mora ostati jedan razuman prostor divergencije koji osigurava sigurno poštovanje nacionalnih identiteta država članica. Dijalog počiva na jasnoj podjeli nadležnosti između europskih i nacionalnih sudova. Međutim, ovaj sklad koji trenutno postoji samo između nacionalnih sudova i sudova Europske unije nije uvijek prevladavao. Zapravo, specifičnosti svojstvene upravnom sudovanju zahtijevale su produbljenje dijaloga između sudaca kako bi svi mogli nadići svoje nepovjerenje.

Dijalog između sudova uvijek je postojao, a sudovi su brzo prepoznali korisnost interakcije koja se najviše odražavala u obogaćivanju sudske prakse.

3. STALNI NAPREDAK DIJALOGA SUDACA: RASTUĆA PRIBLIŽAVANJA NACIONALNOG I EUROPSKOGA PRAVNOG PORETKA

Danas više ne postoji nikakva sumnja u postojanje interakcija između nacionalnih upravnih sudova i europskih sudova. One su očito, brojne i zbog višestrukih razloga neophodne. Ako su danas pravo Republike Hrvatske i pravo Europske unije, u velikoj većini stvari, jedno te isto pravo, treba podsjetiti da je to stanje danas prije svega usredotočeno na gospodarsku stvar za „mali korak, po mali korak“, proširenje svog djelokruga na sva područja pravnog i svakodnevnog života. Upravo su se zbog rješavanje poteškoća vezanih uz novine u dijalogu sudske prakse suradnja mogla izgraditi zahvaljujući uzajamnim inspiracijama.

Četiri su najznačajnija elementa ovog približavanja sudskih praksi: a) prvenstvo i specifičnost europskog prava; b) izravni učinak europskih direktiva; c) tumačenje europskog prava; d) recepcija načela pravne sigurnosti u nacionalnom pravu. Oni su povezani s recipročnim uklapanjem nacionalnog i europskog pravnog poretka s jedne strane, te s vlastima nacionalnih upravnih sudaca u njihovoj zadaći tumačenja

⁷ Pescatore, P., *Le renvoi préjudiciel. L'évolution du système, Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruylant, Bruxelles, 2008., str. 849-860.

i primjene prava s druge.

3.1. Priznavanje specifičnosti i prvenstva europskog pravnog poretka nacionalnog pravnog poretka

Izravni učinak se u okviru Europske unije definira kao sposobnost norme da sama stvori prava i obveze u korist ili na teret privatnih osoba, koje uživaju pravo da se mogu pozvati na te odredbe, kako bi u slučaju spora, dobile izravnu i učinkovitu primjenu. Izravni učinak predstavlja sposobnost norme da bude izvor važeće zakonitosti u nacionalnom pravnom poretku.

Sud Europske unije temelji prvenstvo europskog prava na ideji autonomije europskog pravnog poretka onako kako je ona potvrđena u predmetu *Van gend en Loos*. U ključnom predmetu *Costa protiv E.N.E.L.*,⁸ Sud je potvrdio prvenstvo europskog prava nad nacionalnim pravom država članica nakon promišljanja kojim je istaknuo specifičnu prirodu Europske unije i oslanjajući se na tri komplementarna argumenta: učinkovitost trenutne i izravne primjenjivosti europskog prava, dodjela nadležnosti Europskoj uniji čime se ograničavaju suverena prava država i jedinstvo europskog pravnog poretka, dakle i nužno jedinstvo primjene europskog prava. Štoviše, europska konstrukcija zahtijeva jedinstvo primjene europskih pravila te njezino prvenstvo nad svim normama internog prava bez koje bi samo njezino postojanje bilo ugroženo.

Sud Europske unije dao je tako opći, apsolutni i bezuvjetni doseg sveukupnom europskom pravu nad sveukupnim nacionalnim pravom. Opći i apsolutni karakter znači da svi izvori europskog prava koji imaju obvezujući karakter ili proizvode pravne učinke – primarno ili sekundarno pravo,⁹ međunarodne obveze Unije¹⁰ i opća načela europskog prava¹¹ uživaju prvenstvo u odnosu na cjelokupno nacionalno pravo bez obzira na izvor nacionalnih normi, to jest bez obzira na to je li im izvor ustav, parlament, vlada, uprava ili nacionalni sudac, pa čak i odredbe privatnog karaktera kao što su ugovori.¹² Prvenstvo vrijedi nad svim granama nacionalnog prava, uključujući i kazneno pravo. Ono je ravnodušno prema kronologiji normi koje se sudaraju, ne zanima ga jesu li nastale prije ili poslije,¹³ izvršna snaga europskog prava ne može varirati od jedne do druge države po volji internog zakonodavstva nastalog naknadno, a da ne dovede u opasnost ostvarivanje ciljeva ugovora.¹⁴ Bezuvjetni karakter prvenstva u pogledu sudske prakse ima dvije značajke. On znači, da u okviru prethodnog postupka Sud Europske unije ne priznaje da je obvezan odgoditi svoju

8 Izjavljujući da: „...pravu nastalom iz ugovora ne može putem suda suprotstaviti interni zakon ma kakav on bio, a da se ne izgubi njegov karakter zajednice i da se ne dovede u pitanje pravna osnova same zajednice...“. Sud Europske unije svečano je potvrdio prvenstvo prava Europske unije nad nacionalnim pravima država članica.

9 Vidi Sud Europske unije, 14. prosinca 1971., *Politi* (uredbe); 8. ožujka 1979., *Salumificio di Cormuda* (odluke); 7. srpnja 1981. (direktive).

10 Sud Europske unije, 19. studenog 1975., *Nederlandse Spoorwegen*.

11 Sud Europske unije, 13. srpnja 1989., *Wachauf*.

12 Sud Europske unije, 8. travnja 1976., *Defrenne*.

13 Sud Europske unije, 21. ožujka 1978., *Pigs Marketing Board c/ Redmond*.

14 Sud Europske unije, *Costa c/ Enel*.

presudu u očekivanju da nacionalni ustavni sud presudi o navodnoj neustavnosti nekih odredbi ugovora i, da se u okviru tužbe zbog povrede države članice ne mogu izuzeti od njihovih institucionalnih struktura.

Prvenstvo europskog prava čini svaku nespojivu nacionalnu normu neprimjenjivom. Ono znači da je nadležnim nacionalnim tijelima u potpunosti zabranjeno primijeniti nacionalnu odredbu koja je nespojiva s ugovorom te, ako je potrebno, da imaju obvezu poduzeti sve mjere kako bi olakšale potpuno ostvarivanje europskog prava.¹⁵ Obraćajući se nacionalnim sudovima, Sud Europske unije sâm definira, kada je to potrebno, minimalne ovlasti koje oni moraju obnašati čak i ako sudbeno ustavno nacionalno ustrojstvo to ne predviđe.¹⁶ Tako u dobro poznatoj presudi Simmenthal stoji kako nacionalni sudac koji je u okviru svojih ovlasti zadužen za primjenu odredbi europskog prava ima obvezu osigurati potpuno učinkovitost tih normi i, ako je potrebno, oslanjajući se na vlastiti autoritet, odbaciti primjenu svih suprotnih odredbi nacionalnog zakonodavstva, čak i ako je ono nastalo naknadno, a da pritom ne mora zahtijevati ili čekati prethodno uklanjanje istih zakonodavnim putem ili putem bilo koje druge ustavne procedure.¹⁷

Suočeni s ovom neuvijenom potvrdom europskog prava nad svim normama internog prava pa bile one i na ustavnoj razini, nacionalni su suci moralo nanovo razmotriti rješenja iz vlastite sudske prakse. Tako su, primjerice francuski upravni suci u početku nerado prihvaćali prvenstvo europskog prava nad „infraustavnim“ normama, pokazalo se da je to prihvaćanje bilo predmetom pravog dijaloga sudaca.¹⁸ Unatoč sudskoj praksi IVG, francuski Državni savjet dugo je vremena priznavao prvenstvo međunarodnih ugovora, posebice ugovora Europske unije, samo nad zakonima koji su doneseni ranije.¹⁹ Nakon odluke Ustavnog vijeća Elections du Val d’Oise i priklanjajući se zaključcima javnog izvjestitelja Frydmana, Državni je savjet napravio preokret u sudskoj praksi s presudom Nicolo²⁰ priznajući prvenstvo ugovorima Europske unije, kao i klasičnim međunarodnim ugovorima, čak i nad zakonima koji su doneseni poslije njih.²¹ Štoviše, za razliku od rješenja Kasacijskog suda, obrazloženje odluke Državnog

15 Sud Europske unije, 13. srpnja 1972., Commission c/ Italie.

16 Sud Europske unije, 19. lipnja 1990., Factortame.

17 Sud Europske unije, 9. ožujka 1978., Simmenthal.

18 Prvo je Državni savjet oklijevao pristati na prednost prava Unije nad naknadnim zakonom, odnosno zbog poštovanja prema Parlamentu, i zbog izostanka bilo kakvog opipljivog znaka Ustavnog vijeća i kako bi izbjegao ono što se običava nazvati vladom sudaca, radije primjenjivao pravilo *lex posterior derogati priori*. Drugim riječima, Državni je savjet priznavao samo superiornost ugovora nad prethodno donesenim zakonima.

19 Državni savjet, 1. ožujka 1968., Syndicat général des fabricants de semoules.

20 Državni savjet, 20. listopada 1989., Nicolo.

21 Odlukom Nicolo od 20. listopada 1989. koju je u svečanom sastavu donio Plenarni sastanak za sporove, Državni savjet se vratio na sudsku praksu zvanu „krupica“, koja potječe još iz 1968. i kojom je priznao prednost ugovora nad zakonima koji su kasnije usvojeni. Taj primat proširen je na uredbe, direktive i na opća načela prava zajednice, a Državni savjet je izvukao sve posljedice iz toga. Čak je i prije presude Nicolo, i od 3. veljače 1989. bitna odluka, Compagnie Alitalia, označila odlučujuću prekretnicu u Državnom savjetu pri primjeni prava zajednice: regulatorno tijelo je obvezno ukinuti ili izmijeniti tekstove koji su nespojivi ili koji postali nespojivi s pravom Unije. Osim toga Savjet je presudio da javna uprava ne smije pristupiti primjeni zakona nespojivog s ciljevima direktive, već da mora provesti njezine ciljeve.

savjeta zanemaruje argument o specifičnosti europskog ustavnog poretka i poziva se samo na čl. 55 Ustava ne izjašnjavajući se o klauzuli recipročnosti. Potom je upravni sud priznao prvenstvo europskih akata sekundarnog prava, (tj.): uredbi,²² direktiva,²³ te općih načela europskog prava.²⁴ Državni je savjet zatim naglasio sve posljedice tog preokreta smatrajući kako uprava ne treba poduzimati mjere za primjenu zakona koje su nespojive s ciljevima direktive.²⁵ Čak se i od predsjednika vlade može očekivati da pokrene postupak delegalizacije predmetnih zakonskih odredbi kako bi ih doveo u skladnost s europskim pravom.²⁶ Osim toga, uprava mora provesti ciljeve neke direktive u slučaju šutnje uprave²⁷ ili ako je zakon nespojiv s europskim pravom.²⁸

3.2. Priznavanje izravnog učinka europskih direktiva nacionalnog pravnog poretka

Kako bismo u potpunosti mogli ocijeniti bit sudskih dijaloga vezanih uz izravni učinak europskih direktiva, treba podsjetiti da temeljem čl. 288 Ugovora o funkcioniranju Europske unije²⁹ samo uredbe imaju izravni učinak, a ne direktive. Pojam izravnog učinka neka je vrsta zahtjeva koji je Sud Europske unije uputio nacionalnom sudu pozivajući ga time da štiti prava koje stranke uživaju na temelju neke norme europskog prava. U početku je Sud Europske unije vrlo doslovno tumačio čl. 288 Ugovora o funkcioniranju Europske unije odbijajući priznati svaki izravni učinak. Potom je postupno proširio izravan učinak na odluku namijenjenu državama članicama,³⁰ kao i na kombinirane odredbe ugovora i direktiva.³¹ Vodeći se logikom proširivanja izravnog učinka akata europskog prava napokon je priznao izravan učinak nekih odredbi direktiva u slavnoj presudi Yvonne Van Duyn protiv Home Office 4. prosinca 1974. navodeći kako direktiva donosi prava u korist pojedinaca

Smatrano je da je predsjednik njezine vlade obavezan pokrenuti postupak ukidanja zakonskih odredbi kako bi ih uskladio s pravom zajednice. Što se tiče direktiva, sud je priznao da one imaju prednost nad nacionalnim pravom čim stupe na snagu, odnosno od dana njihove objave, a ne od datuma isteka roka za prijenos. I upravo je to razlog zbog kojeg je 1997. u svojoj odluci *Interenvironnement Wallonie* od 18. prosinca 1997., sud presudio da države ne mogu poduzeti mjere tijekom razdoblja prijenosa koje bi ugrozile propisani rezultat. Još jedanput, Državni je savjet osigurao mirenje svoje sudske prakse s praksom Suda Europske unije, presuđujući da, do isteka roka prijenosa direktiva, država članica ne može zakonito usvojiti zakonske ili regulatorne odredbe koje su u očitoj suprotnosti s ciljevima direktive i koji bi mogli ugroziti njezinu dobru primjenu.

22 Državni savjet, 4. rujna 1990., Boisdet.

23 Državni savjet, 28. veljače 1992., Rothmans et Philip Morris.

24 Državni savjet, 3. prosinca 2001., SNIP.

25 Državni savjet, 24. veljače 1999., Association de patients de la médecine anthroposophique.

26 Državni savjet, 3. prosinca 1999., Association ornithologique et mammologique de Saône et Loire et Rassemblement des opposants à la chasse.

27 Državni savjet, 6. veljače 1998., Tête.

28 Državni savjet, 3. prosinca 1999., AOMSL et association France nature environnement.

29 Bivši čl. 249 Ugovora o osnivanju Europske zajednice.

30 Sud Europske unije, 6. listopada 1970., Franz Grad.

31 Sud Europske unije, 17. prosinca 1970., Spa SACE c/ Ministère des finances italien.

na koja se oni mogu pozvati pred sudom države članice i koje nacionalni sudovi moraju sačuvati. Time je potvrdio novo tumačenje čl. 288 Ugovora o funkcioniranju Europske unije koji omogućava pojedincima da pred sudom pokrenu postupak protiv države članice pozivajući se na direktivu koju ona nije prenijela u zadanim rokovima ili ju je pogrešno prenijela.

Ipak, nema svaka direktiva, a unutar jedne direktive svaka njezina odredba, izravni učinak, inače bi to de facto dovelo do toga da je možemo preimenovati u prikrivenu uredbu. Zbog toga je Sud Europske unije naglasio da direktiva u početku ne proizvodi ni prava ni obveze za pojedince, zbog toga što njezini učinci sežu do pojedinaca tek putem provedbenih mjera koje je donijela predmetna država.³²

Nacionalni sudovi kojima je, kao što smo vidjeli, zadaća štiti prava koja pojedinci uživaju na temelju dovoljno jasne, precizne i bezuvjetne europske direktive različito su reagirali.

Državni savjet, sudsko tijelo kojeg se posebno tiče spor vezan uz izravni učinak europske direktive, zadržao je doslovno tumačenje čl. 288 Ugovora o funkcioniranju Europske unije i dugo se opirao priznavanju izravnog učinka direktive. Unatoč tomu, prilagodio je svoju sudsku praksu tako da danas, pod nekim uvjetima, priznaje izravni učinak nekih direktiva. Njegova se sudska praksa danas oslanja na *distinguo* vezan uz prirodu norme protiv koje se stranka poziva na direktivu.

Tek je poznatom odlukom SA Rothmans International France i SA Philip Morris France od 28. veljače 1992. pristao dati prednost ciljevima direktive pred zakonom koji je usvojen nakon direktive, šireći tako sudsku praksu Nicolo na slučaj europskih direktiva koju nisu ili su loše prenesene.

Kad je riječ o općim aktima, francuski Državni savjet smatra da se tužitelj može pozvati na direktivu protiv regulatornih mjera koje su donesene u svrhu njezina prenošenja³³ ili protiv kasnijih regulatornih mjera.³⁴ Također je prihvatio da se nacionalni propis može osporiti ako nije predvidio mjeru koju je propisala direktiva.³⁵ Osim toga, Državni savjet osuđuje odbijanje upravnog tijela da poništi propis koji je nespojiv s ciljevima neke direktive.³⁶

Kad je riječ o pojedinačnoj odluci, Državni je savjet odbio izravno kontrolirati sukladnost pojedinačnog akta s direktivom (tzv. teorija „uredbe-paravana“). Ta je sudska praksa, tzv. Cohn-Bendit,³⁷ još uvijek na snazi, ali je njezin doseg značajno umanjen, tako da se danas tužitelj protiv neke pojedinačne odluke može pozvati na nezakonitost općeg akta koji je nespojiv s ciljevima neke direktive.³⁸ Tužitelj dakle ima pravo pozvati se na nesukladnost regulatornih mjera s direktivom koju bi te

32 Sud Europske unije, 5. travnja 1979., Ministère public c/ Ratti.

33 Državni savjet, 28. rujna 1984., Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française et autres.

34 Državni savjet, 7. prosinca 1984., Fédération des sociétés de protection de la nature

35 Državni savjet, 30. listopada 1996., SA cabinet Revert et Badelon.

36 Državni savjet, 3. veljače 1989., Alitalia.

37 Državni savjet, 22. prosinca 1978., Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit.

38 U svojoj odluci Tête iz 1998., Državni savjet je priznao, ako direktiva nije prenesena u nacionalno pravo, tada se na nju može izravno pozvati kako bi se osporila pojedinačna odluka.

mjere trebale prenijeti³⁹ ili protiv svih kasnijih regulatornih mjera. Isto vrijedi i kad je pravilo koje stoji između direktive i pojedinačne odluke neki nespojivi zakon, opće pravno pravilo⁴⁰ ili, što je vrhunac ove sudske prakse, kad pravilo uopće ne postoji.⁴¹ Nedavno je u nizu odluka, od 5. prosinca 2005., 22. veljače 2006., 27. veljače 2006. i 10. ožujka 2006., Državni savjet poništio odluke Komisije za izjednačavanje diploma za pristup službi u lokalnoj samoupravi koje su donesene na temelju uredbe nespojive s ciljevima direktive o sustavu priznavanja profesionalnih kvalifikacija čiji je rok prenošenja istekao. Proširenje ove vrste pozivanja na nespojivost nacionalnog prava uklapa se u logiku Državnog savjeta kojom on pokazuje volju da europskom pravu dodijeli punopravno mjesto u hijerarhiji francuskih normi pritom pomirujući specifičnosti francuskog upravnog prava.

Najzad, Državni je savjet stao uz sudsku praksu Suda Europske unije⁴² prema kojoj sve do isteka roka za prenošenje direktive, država članica ne može zakonito usvajati zakonske ili regulatorne odredbe koje su očito suprotne ciljevima direktive i koje bi mogle dovesti u pitanje njezinu pravilnu primjenu.⁴³ Ipak, francuski Državni savjet smatra da nijedna odredba ugovora kojim se osniva Europska unija kao niti jedno opće načelo europskog prava ne nameće državama članicama takvu obvezu dok je prijedlog direktive još uvijek u izradi pa čak ni ako su različite institucije Europske unije dale svoje načelno odobrenje u vezi sa sadržajem.⁴⁴

3.3 Tumačenje europskog prava

Održavanje i učinkovitost samostalnog pravnog poretka Europske unije moraju osigurati učinkovitu i ujednačenu primjenu prava Europske unije na cjelokupnom teritoriju. Također, kako bi zajamčili temeljne ciljeve u decentraliziranom sustavu, Sudu Europske unije ugovori su dodijelili isključivu nadležnost u tumačenju i ocjenjivanju valjanosti prava Europske unije i uveli mehanizam prethodnog postupka. Osim toga, ulog vezan uz to da nacionalni sudovi primjenjuju ovaj razlog pojačan je rizikom da će doći do spora zbog odgovornosti države i zbog sudske aktivnosti njezinih sudova koji donose odluke bez mogućnosti žalbe, što je uvedeno važnom presudom Köbler Suda Europske unije.⁴⁵ Dijalog europskih i nacionalnih sudova vodio se i u vezi sa samom primjenom čl. 267 Ugovora o funkcioniranju Europske unije koji uređuje njihove odnose budući da se ta odredba različito tumačila. Pojavila su se dva skupa pitanja koja se odnose na isključivu nadležnost Suda Europske unije u tumačenju europskog prava, s jedne strane, i obveze prethodnog postupka koja se nameće najvišim nacionalnim sudskim tijelima te obveze primjene teorije *acte claire* s druge.⁴⁶

39 Državni savjet, 28. rujna 1984., Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française et autres.

40 Državni savjet, 6. veljače 1998., Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais.

41 Državni savjet, 20. ožujka 1998., Communauté de communes du Piémont-de-Barr, Service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin.

42 Sud Europske unije, 18. prosinca 1997., Inter-Environnement Wallonie.

43 Državni savjet, 29. listopada 2004., M. Sueur.

44 Državni savjet, 24. ožujka 2006., Sté KPMG et autres.

45 Sud Europske unije, 30. rujna 2003., Köbler.

46 Više o tomu vidi Čapeta, Tamara, Rodin, Siniša, Osnove prava Europske unije na temelju

3.3.1. Isključiva nadležnost Suda Europske unije u tumačenju europskoga prava i odgoda izvršenja

Određujući nadležnost Suda Europske unije da u okviru prethodnog postupka tumači europsko pravo i odlučuje o valjanosti akta sekundarnog prava, Sud Europske unije protumačio je čl. 267 Ugovora o funkcioniranju Europske unije⁴⁷ tako da su najviši sudovi država članica obvezni automatski postaviti prethodno pitanje Sudu kada argumentacija neke stranke uključuje osporavanje valjanosti ili neslaganje s tumačenjem neke odredbe europskog prava. Podsjetit ćemo da je Sud Europske unije u presudi Foto-frost od 22. listopada 1987. naveo kako uživa isključivu nadležnost za poništenje nekog akta europske institucije. To načelo podrazumijeva da ovlast proglašavanja istog akta nevažećim, ako se pred nacionalnim sudom postavi to pitanje, pripada isključivo Sudu Europske unije. Ovakvo je rješenje potaknulo mnogobrojne kritike i čini se da je u proturječju s presudom TDW Textilwerke Deggendorf GmbH od 9. ožujka 1994. u kojoj je Sud Europske unije naveo kako valjanost nekog pojedinačnog europskog akta koji je postao pravomoćan zbog izostanka tužbe za poništenje koju podiže osoba ovlaštena za podizanje takve tužbe, ne može biti osporavana pred nacionalnim sucem. Potonji bi tako bio vezan neosporivom pretpostavkom o valjanosti europskog akta. Drugim riječima, interni sudac ne može niti proglasiti dopuštenost niti prihvatiti pravni navod o nezakonitosti europske mjere, pa čak ni obratiti se Sudu Europske unije s pitanjem o valjanosti spornog akta, iako na temelju presude Foto Frost ima tu obvezu.

No Sud Europske unije ipak je energično potvrdio to rješenje u okviru prethodnog pitanja o procjeni valjanosti koje, budući da predstavlja sredstvo kontrole zakonitosti europskih akata, obvezuje nacionalni sud, čije odluke ne podliježu žalbi u internom pravu, da se obrati Sudu Europske unije s pitanjem vezanim uz valjanost odredbi neke uredbe čak i kada je Sud već proglasio nevažećim odgovarajuće odredbe slične uredbe.

Odluka Saveznog ustavnog suda Njemačke (Bundesverfassungsgericht) u čuvenoj presudi Solange I i II iznimno je važna s aspekta prethodnog pitanja. U presudi Solange I⁴⁸ Savezni ustavni sud zauzeo je shvaćanje da jamstva temeljnih prava

Lisabonskog ugovora, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 105 – 126.

47 Sud Europske unije nadležan je donositi prethodne odluke: (a) o interpretaciji Ugovora i; (b) o valjanosti i interpretaciji akata institucija, tijela, ureda ili agencija Unije. Kad se takvo pitanje postavi pred bilo kojim sudom države članice taj sud može, ako smatra da mu je odluka o pitanju nužna da bi presudio, zatražiti od Suda da o tomu odluči. Kad se bilo koje takvo pitanje postavi u predmetu koji teče pred sudom države članice protiv čijih odluka nema pravnog lijeka temeljem nacionalnog prava, taj sud mora podnijeti stvar Sudu. Ako se takvo pitanje postavi u predmetu koji teče pred sudom države članice u vezi s osobom u pritvoru, Sud Europske unije postupat će u najkraćem mogućem vremenu.

48 Nakon što je dobio presudu Suda Europske unije u predmetu Internationale Handelsgesellschaft, njemački je sud pokušao osporiti primjenu prava Zajednice pred Saveznim ustavnim sudom Njemačke, uputivši mu pitanje ustavnosti navedenih mjera. Savezni ustavni sud smatra da standardi zaštite temeljnih prava u Europskoj zajednici nisu na razini zaštite koju na temelju njemačkoga Temelnog zakona pruža Savezni ustavni sud. Zbog toga je izjavio da namjerava i dalje kontrolirati ustavnost prava Zajednice, tako dugo dok ti standardi ne dosegnu potrebnu

propisana njemačim Ustavom imaju prednost pred pravom zajednice.⁴⁹ U presudi Solange II zaključio je da je zaštita temeljnih prava u Zajednici u međuvremenu dosegla standarde koji su zajamčeni njemačkim Ustavom, te da Savezni ustavni sud Njemačke, tako dugo dok je tako, više neće kontrolirati primjenu sekundarnog prava Zajednice u Njemačkoj.⁵⁰

Ono što je bitno istaknuti je da se ovom odlukom Savezni ustavni sud Njemačke⁵¹ nije odrekao svoje nadležnosti nadzirati standarde zaštite ljudskih prava već je samo izjavio kako je neće koristiti tako dugo dok sve ih sam Sud Europske unije štiti u dovoljnoj mjeri. S ovom odluku, Savezni ustavni sud Njemačke počeo je sankcionirati obvezu sudova zadnje instance da upute prethodno pitanje Sudu Europske unije pozivanjem na čl. 101 Grundgesetza koji jamči svakom pravo na zakonitog suca. Prema spomenutoj odluci, Sud Europske unije suvereno je pravosudno tijelo koje neovisno donosi konačne odluke. S obzirom na to da je Sud Europske unije jedini ovlašten dati autoritativno tumačenje ili odlučiti o valjanosti neke norme Europske unije, on predstavlja zakonitog suca u tom smislu. Obrazloženje je da ako je Sud Europske unije obavezan sudjelovati u nekom postupku, a nacionalni sud propusti podnijeti predmet Sudu Europske unije, povrijeđeno je pravo na zakonitog suca. Međutim nije dovoljna puka proceduralna povreda (propust) već se mora raditi o kvalificiranoj povredi. Odluka nacionalnog suda mora biti arbitrarna, a povreda dovoljno ozbiljna.⁵²

Kada je riječ o nacionalnim sudovima zanimljivo je primjetiti da su upravni sudovi poštovali isključivu nadležnost Suda Europske unije u pogledu nadzora

razinu. Rodin, S., Čapeta, T., Goldner Lang, I., *Izbor presuda Europskog suda*, Novi informator, Zagreb, 2009., str. 47.

49 Zanimljivo je da Savezni ustavni sud Njemačke diskursom o zaštiti temeljnih prava nastojao izjednačiti svoj položaj s položajem Suda Europske unije. Sukob između Suda Europske unije i Saveznog ustavnog suda Njemačke započeo je ozbiljnim prigovorom Njemačkog Saveznog ustavnog suda da temeljna ljudska prava nisu dovoljno dobro zaštićena u pravnom sustavu Zajednice, te da nacionalni pravni sustavi, osobito njemački, štite bolje temeljna prava. Iz ovog prigovora slijedi posljedica da Savezni ustavni sud, a ne Europski sud, mora biti sud najviše instance kada je riječ o zaštiti temeljnih prava zaštićenih nacionalnim ustavom.

Rodin, S., *Odnos Ustavnog suda RH i Suda pravde Europskih zajednica u Luxembourgju nakon ulaska Republike Hrvatske u punopravno članstvo Europske unije*, str. 5.

50 „U svjetlu takvog razvoja mora se zaključiti da, tako dugo dok Europske zajednice, posebice, sudska praksa Europskog suda, općenito osiguravaju učinkovitu zaštitu temeljnih prava od suverenih ovlasti Zajednice, zaštitu koja se može smatrati materijalno sličnom zaštiti temeljnih prava koju bezuvjetno propisuje Temeljni zakon, te u mjeri u kojoj je općenito zaštićen bitni sadržaj temeljnih prava, Savezni ustavni sud se više neće koristiti svojom nadležnošću kako bi odlučivao o primjenjivosti sekundarnog prava Zajednice, koje se navodi kao pravna osnova za akte njemačkih sudova ili tijela vlasti u suverenoj nadležnosti Savezne Republike Njemačke, i više neće provoditi sudbeni nadzor takvih propisa prema standardima zaštite temeljnih prava sadržanih u Temeljnomo zakonu.“

51 Više o aktivizmu Saveznog ustavnog suda Njemačke vidi Bačić, P., *Konstitucionalizam i sudski aktivizam*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2010., str. 207 – 219.

52 Vidi: Petrašević, T., *Prethodni postupak pred Europskim sudom s posebnim osvrtom na njegovu implementaciju u nacionalne pravne sustave država članica*, doktorski rad, Zagreb, 2011., str. 86.

valjanosti europskog akta. Najslikovitiji primjer je prethodno pitanje koje je Državni savjet uputio Sudu Europske unije kada je pred njime pobijan prijenos direktive putem pravilnika koji preuzima tu direktivu in extenso. U toj je situaciji umjesto da odbaci pravilnik zbog nespojivosti s primarnim pravom i samim time postane sudac zakonitosti direktive, Državni je savjet postavio pitanje Sudu Europske unije. Nedavno je Državni savjet potvrdio isključivu nadležnost Suda Europske unije u pogledu tumačenja ili procjene valjanosti akta sekundarnog prava s obzirom na primarno europsko pravo. U svojoj odluci Conseil National des Barreaux Državni je savjet bio po prvi put primoran definirati vlastite načine kontrole konvencionalnosti direktive s obzirom na članke 6 i 8 Europske konvencije o ljudskim pravima. Državni savjet, slijedeći preporuke javnog izvjestitelja, umjesto da preuzme logiku Europskog suda za ljudska prava prema kojoj sekundarno europsko pravo uživa osporivu pretpostavku sukladnosti s Europskom konvencijom o ljudskim pravima, vrši kontrolu u okviru sudske prakse Foto-Frost. Drugim riječima, ako se netko pozove na nevaljanost nekog akta sekundarnog prava, Državni savjet provjerava poštuje li potonji prava koja proizlaze iz Europske konvencije o ljudskim pravima i čim se pojavi ozbiljna sumnja, Sud Europske unije prepušta odlučivanje o eventualnoj nevaljanosti predmetnog akta. Budući da u ovom predmetu to nije bio slučaj, mogao je primijeniti, tzv. teoriju *acte claire*.⁵³

3.3.2. Obveza prethodnog pitanja i teorija *acte claire*

Primjer dijaloga sudaca i recipročnog obogaćivanja pravnog promišljanja je kada je europski sudac preuzeo teoriju *acte claire* koja dolazi iz francuskog upravnog prava, a kasnije ju je prihvatio i sudac opće nadležnosti. Upravni sudac mislio je da će moći afirmirati svoju neovisnost tako da će zauzeti nepovjerljivi stav i primjenjivati upravne postupke kojima je izbjegavao upućivati Sudu pitanja u pogledu tumačenja i valjanosti prava Unije. U tom se kontekstu razvila teorija *acte clair* koja omogućuje Savjetu da izbjegne upućivanje prethodnog pitanja, kad ne postoji nijedan element koji ostavlja prostora razumnoj sumnji (Laferrrière). U svojoj odluci u kojoj je započeo tu sudsku praksu od 19. lipnja 1964. *Shell-Berre*, Državni je savjet presudio da su nacionalni sudovi, čije odluke ne podliježu nacionalnim žalbama, obvezni odgoditi odlučivanje o nekoj stvari u tijeku i obratiti se Sudu Europske unije ako je pitanje vezano za tumačenje ugovora. Ako postoji sumnja o smislu i doseg jedne ili više klauzula iz ugovora koje se primjenjuju na spor i ako, o rješavanju te poteškoće, ovisi ishod spora. U ovom je slučaju upravni je sudac smatrao da je sporna norma dovoljno jasna i da se ne treba vratiti na ponovno odlučivanje.⁵⁴

53 Gaudement, Y., Stirn, B., *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, Paris, 2008, str. 116.

54 Korištenje ove teorije moglo je dovesti do toga da je upravni sud zloupotrebjavaju. Primjerice, u svojoj odluci Plenarnog sastanka za sporove iz listopada 1979. *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*, Državni savjet je u pet navrata potvrdio da su spomenute europske odredbe jasne i da nije potrebno vratiti ih na odlučivanje Sudu Europske unije. Slično, upravni sudovi razvili su drugi mehanizam: pravilo presedana. Na temelju te tehnike, neće doći do vraćanja na ponovno odlučivanje ako je zakon već bio obuhvaćen tumačenjem Suda Europske unije. Državni savjet je po prvi put primijenio ovo pravilo 10. veljače 1967. kada je Odjel donio odluku u predmetu *Etablissement Petitjean*.

Kako bi se stalo na kraj tim odstupanjima, ali i zbog toga što je sudnica bila prekrcana sve brojnijim prethodnim pitanjima, Sud Europske unije odredio je okvir slobodnog ocjenjivanja samih nacionalnih sudova.⁵⁵ Prema teoriji *acte claire* koja proizlazi iz francuske upravno-sudske prakse, a koju je preuzeo i Sud Europske unije u presudi CILFIT, nacionalni je sudac oslobođen obveze upućivanja prethodnog pitanja ako je ispravna primjena europskog prava toliko jasna da ne ostavlja mjesto nikakvoj opravdanoj sumnji o načinu rješavanja postavljenog pitanja.⁵⁶ Činjenica da nacionalni sudac, čak i ako odlučuje u posljednjem stupnju, može biti izuzet od obveze upućivanja prethodnog pitanja, s jedne strane ublažava na izvjestan način obvezu drugostupanjskih sudova da upućuju prethodno pitanje Sudu Europske unije temeljem čl. 267 Ugovora o funkcioniranju Europske unije, a s druge ukazuje na sve veće povjerenje između europskih i nacionalnih sudova u primjeni europskog prava. Ipak, od presude Köbler, Sud Europske unije strogo je ograničio to povjerenje na slučajeve zlouporabe teorije *acte claire*. Odnosno, u slučaju povrede obveze nekog suda da uputi prethodno pitanje, na odgovornost se može pozvati država, a moguće su također i novčane kazne.

Osim toga, danas francuski Kasacijski sud i Državni savjet češće koriste mogućnost prethodnog pitanja nego prije. Odluka Arcelor od 8. veljače 2007. kojom Državni savjet postavlja prethodno pitanje Sudu Europske unije u vezi s jednim ključnim pravom, dobro odražava duh u kojem se danas odvija dijalog između nacionalnih sudova i Suda Europske unije. Ni Kasacijskog suda ne oklijeva primijeniti presudu CILFIT objašnjavajući da ili odgovor na pitanje tumačenja, kakav god bio, neće utjecati na rješenje spora⁵⁷ ili je sam u stanju protumačiti predmetno europsko pravo unatoč svoj europskoj sudskoj praksi koja se odnosi na sporni element.⁵⁸

Razlog upućivanja prethodnog pitanja može se opravdati voljom da se stane na kraj različitim tumačenjima obvezujući duge sudove država članica autoritetom protumačene stvari. To je, npr. bio slučaj o pravilima o podložnosti plaćanja poreza na dodanu vrijednost koja proizlazi iz 6. Direktive o PDV-u. Ostali upiti imaju više strateški karakter. To je slučaj kada će opseg rješenja kojeg donosi upravni sudac, ako kao razlog navodi kršenje prava Unije, imati značajne posljedice, a tada je važno da rješenje spora podupire veći autoritet. Upravo je u tom smislu upravni prizivni sud iz Douaija uputio upit Sudu Europske unije u predmetu Burdaud koji se odnosi na prijam u javnu službu, odnosno bolnice i o tomu da ta služba ovisi o uspješnosti prijamnog natječaja.⁵⁹

3.3.3. *Prethodno tumačenje ultra petita Suda Europske unije*

Potaknut željom da europskom pravu osigura puni učinak, Sud Europske unije

55 Pa čak je i odluka Foto-Frost Suda Europske unije također ograničila korištenje ove teorije, jer je nižim nacionalnim sudovima zabranila da raspoložu svojim pravom i da u slučaju sumnje vraćaju na ponovno odlučivanje o valjanosti akta Europske unije.

56 Sud Europske unije, 6. listopada 1982., CILFIT.

57 Gaudement, Y., Stirn, B., str. 126.

58 Ibid.

59 Sud Europske unije, 9. rujna 2003., Burdaud.

dopustio je odlučivanje ultra petita kad to zahtijeva interes europskog prava. U presudi Roquette⁶⁰ iz 1980., Sud navodi kako su u okviru podjele funkcija između nacionalnih sudova i Suda Europske unije u svrhu primjene članka 177 EEZ (267 UFEU) nacionalni sudovi zaduženi odlučiti o relevantnosti postavljenih pitanja, no Sud si zadržava pravo da iz elemenata koje dostavlja nacionalni sud izvuče one elemente europskog prava koji, s obzirom na predmet spora, zahtijevaju tumačenje ili ocjenu valjanosti.

U početku je francuski Državni savjet odbacivao pravomoćnost odluka Suda Europske unije koje su donesene u vezi s prethodnim pitanjem ako je Sud odlučivao ultra petita proširujući iz vlastite inicijative područje odlučivanja. Taj je stav potvrdila sudska praksa ONIC⁶¹ Državnog savjeta: Smatrajući, s druge strane, da ako je Sud dodao odgovoru na pitanje koje mu je upućeno napomenu o tome kako utvrđena „nevaljanost“ ne bi trebala imati učinak na ubiranje ili plaćanje kompenzacijskih iznosa od strane nacionalnih vlasti za razdoblje koje je prethodilo datumu presude, takva ocjena, koja izlazi iz okvira pitanja koje je postavio nacionalni sudac, ne može se tom sucu nametnuti kao pravomoćna.

Unatoč tomu, francuski je Državni savjet nedavno promijenio svoje stajalište odlukom plenarnog sastava za sporove od 11. prosinca 2006. u, tzv. predmetu „luk“⁶²: ovo i ako nije bilo predmetom prethodnog pitanja, svako tumačenje ugovora i europskih akata za koje je Sud ovlašten na temelju članka 267 Ugovora o funkcioniranju Europske unije odsad se nameće Državnom savjetu.

Dvije nedavne presude pokazuju koji utjecaj prethodno pitanje ima u razvoju prava Unije i povjerenju koje se uspostavlja između Suda i francuskoga Državnoga savjeta. Najprije o državnim potporama, u presudi CELF,⁶³ Sud je morao precizirati obveze suca u novoj pretpostavki o nezakonitoj državnoj potpori, koju je Komisija u svojoj zaključnoj odluci proglasila kompatibilnom. (Sud potvrđuje da nacionalni sudac nije obvezan naložiti povrat potpore isplaćene zbog nepoznavanja ove odredbe, kad je Komisija usvojila zaključnu odluku utvrđujući kompatibilnost navedene potpore obvezan je naložiti korisniku potpore plaćanje kamata za nezakonito razdoblje.)⁶⁴

U ranijoj odluci Arcelor, Državnom je savjetu upućena žalba za kontrolu zakonitosti dekreta koji u francusko pravo prenosi Direktivu 2003/86 koja uspostavlja sustav razmjene kvota za stakleničke plinove. Ovaj dekret nanosi povredu iz područja kršenja ustavnog prava na jednakost, jer isključuje iz sustava sektor plastike i aluminija koji su prema podnositelju zahtjeva, usporedivi s industrijom čelika. U odluci Državni savjet potvrđuje: upravni sudac, kada mu se obrati zbog žalbenih razloga o nepoznavanju odredbe ili načela ustavne vrijednosti, on mora istražiti postoji li pravilo ili općenito načelo prava zajednice koje, s obzirom na to da narav i doseg, kako je protumačen u trenutačnoj sudskoj praksi suca Europske unije, jamči da će njegova primjena pružiti učinkovitost u poštovanju odredbe ili ustavnog načela.

60 Sud Europske unije, 15. listopada 1980., Roquette.

61 Državni savjet, 26. srpnja 1985., ONIC.

62 Državni savjet, 11. prosinca 2006., Société de Groot En Slot Allium B.V. et Société Bejo Zaden B.V.

63 Sud Europske unije, 12. veljače 2008., Centre d'exportation du livre Français.

64 Sud Europske unije, 12. veljače 2008., Centre d'exportation du livre Français.

Zatim precizira da u slučaju pozitivnog odgovora ili ozbiljne sumnje o valjanosti norme Europske unije, suda se mora obratiti Sudu Europske unije sukladno čl. 267 Ugovora o funkcioniranju Europske unije.

3.3.4. *Položaj hrvatskih upravnih sudova u prethodnom postupku*

Zakon o upravnim sporovima iz 2010. mijenja dugogodišnji koncept upravnog spora u Republici Hrvatskoj. Riječ je o potpuno novom uređenju, drugačijoj koncepciji sudske kontrole zakonitosti djelovanja javnopravnih tijela. Zakon o upravnim sporovima iz 2010. sadrži odredbu prema kojoj upravne sporove rješavaju upravni sudovi i Visoki upravni sud. U vezi s novim, ustrojem u dva stupnja, potrebno je spomenuti i izmjene Zakona o sudovima u Republici Hrvatskoj, koje također pretpostavljaju dvostupnjevanje upravnog sudovanja. Prema članku 14. a. Zakona o sudovima upravni sudovi se ustanovljavaju za području jedne ili više županije, dok se Visoki upravni sud Republike Hrvatske ustanovljava za područje Republike Hrvatske.

Ugovor o funkcioniranju Europske unije u čl. 267 razlikuje sudove koji mogu i koji moraju uputiti prethodno pitanje Sudu Europske unije. Tako, kada se takvo pitanje (tumačenja ili ocjene valjanosti neke norme europskog prava) pojavi pred upravnim sudom neke države članice, taj sud može ako smatra da mu je odluka Suda Europske unije nužna da riješi predmet, zatražiti od istog da o tome odluči. Međutim, kada se takvo pitanje postavi u predmetu koji je u tijeku pred upravnim sudom države članice protiv čijih odluka nema pravnog lijeka na temelju nacionalnog prava, taj sud mora uputiti zahtjev Sudu Europske unije.

Na prvi pogled, situacija je u pogledu podjele ovlasti u prethodnom pitanju u Republici Hrvatskoj vrlo jasna. Vrhovni sud kao najviši sud, osigurava jedinstvenu primjenu prava i ravnopravnost svih u njegovoj primjeni,⁶⁵ uvijek u obvezi uputiti pitanje kada postoji sumnja u valjnost ili u ispravno tumačenje neke norme europskog prava. Međutim, ne smijemo zaboraviti da je suradnja sa Sudom Europske unije nužna i za upravne sudove u Republici Hrvatskoj, kao i za Visoki upravni sud Republike Hrvatske. Zato se s pravom možemo zapitati je li Visoki upravni sud Republike Hrvatske, kada se nađe u situaciji da mora primijeniti normu europskog prava, a u čije tumačenje nije siguran, odnosno ozbiljno sumnja u valjanost takve, obavezan uputiti pitanje Sudu Europske unije ili treba pričekati da takvo pitanje postavi Vrhovni sud Republike Hrvatske. Pokazalo se u praksi Suda Europske unije da odgovor na spomenuto pitanje nije nimalo jednostavno. Kako bi definirali ulogu nacionalnih upravnih sudova u prethodnom postupku, moramo najprije shvatiti njihovu ulogu u pravosudnom sustavu Unije. Tako, ako se nacionalni upravni sud nađe u situaciji da mora primijeniti normu europskog prava čije mu tumačenje nije jasno, on mora prethodno ocijeniti ima li mogućnost obratiti se Sudu Europske unije ili je to njegova obveza.⁶⁶ Interpretacija riječi „obveza“, prema iskustvima zemalja članica Europske unije, nije uopće lagana. Nažalost, mišljenja su vrlo podijeljena u tumačenju. Po

65 Vidi Ustav Republike Hrvatske čl. 119. st. 1.

66 Ugovor o funkcioniranju Europske unije, u odgovoru na to pitanje, u čl. 267 poziva na pravni poredak države članice, na njezin procesno-pravni sustav, na položaj suda u pravosudnom sustavu te na raspoloživost pravnih lijekova. Vidi: Petrašević, T., str. 61.

nekim mišljenjima obvezni bi bili samo oni sudovi protiv čijih odluka nikada ne postoje pravni lijekovi (redovni i izvanredni). Tom uvjetu udovoljava Vrhovni sud Republike Hrvatske, što znači da Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao najviši sud je uvijek obavezan uputiti prethodno pitanje.⁶⁷ Premda je zapravo vrlo malo odluka Suda Europske unije koje se bave pitanjem koji bi sud bio obavezan postaviti prethodno pitanje, ipak se iz postojeće sudske prakse može zaključiti kako je Sud Europske unije prihvatio teoriju konkretnog spora prema kojoj je odlučujuće postoji li pravo žalbe u konkretnom slučaju.⁶⁸

Ako postoji pravo žalbe, žalbeni sud mora imati mogućnost izmijeniti odluku nižeg suda u dijelu u kojem je ona suprotna europskom pravu. Nije uvjet da žalba mora imati suspenzivni učinak kao ni to da žalbeni sud mora imati mogućnost ispitivati nove činjenice. S obzirom na to da nacionalni sudovi mogu različito tumačiti i primjenjivati čl. 267, nužno je osigurati određeni mehanizam nadzora nad njihovom primjenom, osobito od sudova zadnje instance. Smatra se da nije tako opasno ako niži sudovi sami protumače, pa možda čak i pogrešno, neku normu europskog prava jer se računa na postupak žalbe te obvezu sudova zadnje instance da onda oni upute pitanje Sudu Europske unije.

U komunikaciji sa Sudom Europske unije može se kroz prethodni postupak uključiti bilo koji upravni sud. Nameće se pitanje na kojem stupnju nastaje obveza upućivanja zahtjeva sukladno čl. 267 st. 3 Ugovora o funkcioniranju Europske unije: ima li tu obvezu isključivo Vrhovni sud Republike Hrvatske, Visoki upravni sud Republike Hrvatske ili tu obvezu imaju i prvostupanjski upravni sudovi. Međutim, sukladno zakonskom uređenju žalbe u Republici Hrvatskoj⁶⁹ i zahtjevu za izvanredno preispitivanje zakonitosti pravomoćne odluke⁷⁰ odgovor na postavljeno pitanje nije ni malo jednostavan i nužno otvara nekoliko vrlo zanimljivih pitanja o položaju upravnih sudova u prethodnom postupku.

Zahtjev za izvanredno preispitivanje zakonitosti pravomoćne odluke kao izvanredni pravni lijek ovlašteno je podnijeti samo Državno odvjetništvo Republike Hrvatske, a ne sama stranka, te o zahtjevu odlučuje Vrhovni sud Republike Hrvatske. Tako ono omogućuje samo izvanredno preispitivanje zakonitosti pravomoćne sudske odluke upravnog suda ili Visokog upravnog suda. Pod pojmom pravnih lijekova prema sudskoj praksi Suda Europske unije ne bi ulazili izvanredni pravni lijekovi, posebno ne oni koji ovise o nečijoj dopuštenosti (bilo suda koji je donio odluku, bilo žalbenog suda ili nekog trećeg). Zbog toga se nacionalni upravni sud ne može

67 U prilog spomenutom ističe se da je presudno u ocjeni je li neki sud ili sudsko tijelo obvezno uputiti zahtjev, može li se nakon toga tijela ponovno uputiti pitanje Sudu Europske unije. Isto tako se navodi da pod pojmom pravnih lijekova treba razumjeti samo one koji pojedincu stoje doista na raspolaganju kao njegovo pravo.

68 Spomenutoj konkretnoj teoriji suprostavlja se tzv. apstraktna teorija prema kojoj bi obvezni bili samo oni sudovi protiv čijih odluka nikada ne postoji pravo žalbe. Tom uvjetu bi udovoljili samo najviši sudovi u državama članicama. No, kao što smo već istaknuli Sud Europske unije je prihvatio, tzv. konkretnu teoriju.
Vidi: Petrašević, T., str. 61-65.

69 Zakon o upravnim sporovima, čl. 66.

70 Zakon o upravnim sporovima, čl. 78.

u prilog izbjegavanju obveze upućivanja prethodnog pitanja pozivati na to da postoji mogućnost izvanrednog pravnog lijeka. Posebno ako znamo da mogućnost korištenja ovisi o državnom odvjetniku koji nema aktivnu legitimaciju za postavljanje prethodnog pitanja, što je potvrdio i Sud Europske unije u predmetu *Criminal proceedings against*.

Kako je već ranije pojašnjeno, u određivanju suda zadnje instance prihvaćena je teorija da i najniži nacionalni sud može biti obavezan uputiti pitanje ako protiv njegove odluke u konkretnom slučaju ne postoji pravo žalbe. Budući da se u hrvatskom sustavu upravnosudskog nadzora djelovanja javnopravnih tijela žalba može podnijeti kada je upravni sud presudom sam odlučio o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke može se zaključiti da je Visoki upravni sud Republike Hrvatske obavezan postaviti pitanje. Međutim, poseban problem nastaje kada je podnošenje žalbe ograničeno, odnosno ne postoji automatsko pravo žalbe. Spomenuto ograničenje propisano je i Zakonom o upravnim sporovima koji je uspostavio „filtr“ za žalbu čim je uveliko umanjena i njena uporaba. Prema istom žalba se može uložiti isključivo kada je prvostupanjski upravni sud donio presudu u sporu pune jurisdikcije. S obzirom na to da primjena spora pune jurisdikcije nije česta u dosadašnjoj praksi upravnih sudova dolazimo do jedne paradoksalne situacije gdje Visoki upravni sud neće biti u mogućnosti, ili vrlo rijetko, postaviti prethodno pitanje za tumačenje europskog prava Suda Europske unije dok prvostupanjski upravni sudovi uživaju diskreciju. Stoga ako imamo u vidu gore rečeno, otvara se vrlo važno pitanje. U kojem stupnju nastaje obveza upravnih sudova da postave prethodno pitanje? Sukladno zakonskom uređenju žalbe možemo se slobodno zapitati jesu li upravni sudovi, kao sudovi prve instance, obavezni postaviti prethodno pitanje? Kad ne donosi reformativnu presudu upravni sud djeluje kao sud zadnjeg stupnja te je on u obvezi uputiti pitanje? Ukoliko postoji pravo žalbe, žalbeni sud mora imati mogućnost izmijeniti odluku nižeg suda. Potencijalno i teoretski svaki sud može biti u obvezi ako je njegova konačna. Iz sudske prakse Suda Europske unije može se zaključiti da je Sud nametnu obvezu upućivanja zahtjeva u svakom slučaju kada ne postoji pravo žalbe radi ujednačenog tumačenja iste norme u različitim državama.⁷¹ Jednako vrijedi opće pravilo – nacionalni sud je obavezan, ako stranka koja nije u cijelosti uspjela sa zahtjevom nema prava žalbe protiv odluke tog suda. Također upravni sud mora postaviti prethodno pitanje dok postupak teče pred istim. Postupak teče pred domaćim sudom samo ako taj sud može primijeniti odluku Suda Europske unije na konačno rješavanje predmeta. Naime, ako je podnošenjem zahtjeva postupak pred tim sudom završen, a po dobivenom odgovoru bi trebao odlučivati neki drugi sud, Sud Europske unije će se proglasiti nenadležnim. U ovoj situaciji, s obzirom na mogućnost ulaganja žalbe u upravnom sporu u Republici Hrvatskoj, dolazimo do jednog složenog pitanja. Kako odrediti koji je upravni sud obavezan postaviti pitanje (prvostupanjski upravni sud ili Visoki upravni sud)? Zakonsko ograničenje mogućnosti ulaganja žalbe dovodi do promišljanja da prvostupanjski upravni sud smatra sudom zadnje instance kada protiv njegove odluke nije dopuštena žalba, te je zato i dužan postaviti prethodno pitanje.

Neke od novih država članica uredile su prethodni postupak nacionalnim

71 Isto tako praksa Suda Europske unije upozorava da mora postojati sud koji je obavezan uputiti pitanje u nekoj fazi postupka.

pravom.⁷² Bitno je napomenuti da ako nacionalni sud propusti uputiti prethodno pitanje, povrijeđeno je pravo na zakonitog suca. To znači da su i hrvatski upravni sudovi nakon stupanja Republike Hrvatske u Europsku uniju obvezni primjenjivati europsko pravo temeljem izravnog učinka i nadređenosti europskog prava.

Iako vrijedi načelo dvostupnjevitosti upravnog sudovanja u nekim upravnim područjima Visoki upravni sud Republike Hrvatske odlučuje u prvom stupnju. U slučaju izravne nadležnosti Visokog upravnog suda i nemogućnosti ulaganja žalbe razvidno je da je Visoki upravni sud obavezan postaviti prethodno pitanje.

4. RAZILAŽENJE (RAZLIKOVANJE) EUROPSKOG PRAVNOG PORETKA I NACIONALNOG PRAVNOG PORETKA

Unatoč polaganom približavanju europskog i nacionalnog pravnog poretka, neke „marginalne“ divergencije ipak ostaju. One su vezane, s jedne strane, za mjesto koje europsko pravo i ustav zauzimaju u hijerarhiji normi, a to je pitanje apsolutnog prvenstva europskog prava i poštovanje nacionalnog identiteta. S druge strane vezane su za odvojenost vlasti i hijerarhiju sudova, a to su pitanja koja se odnose na odgovornost države članice za povredu europskog prava.

4.1. Pitanje apsolutnoga dosega prvenstva europskog prava i poštovanje nacionalnog identiteta

Prvenstvo europskog prava nad nacionalnim normama svakako je priznato, ali ono ostaje strogo ograničeno ogradama koje predstavlja ustavnost. Drugim riječima, upravni sudovi država članica Europske unije priznaju prvenstvo europskog prava, ali mu ne daju apsolutni karakter koji mu pridaje Sud Europske unije. Nedavno se pojavilo i pitanje poštovanja nacionalnog identiteta.

Rizici sukoba između europskog prava i ustavnog prava prešli su s marginalnog pitanja na stvarni problem u odnosima pravnih sustava; na proširenje područja europskog prava koje je inicirao Sud Europske unije, posebice u pogledu temeljnih prava, nacionalni su suci uzvratili pojačanom kontrolom ustavnosti.

Upravni će sudovi u europskom pravnom poretku morati pronaći pravila ili

72 Tako Zakon o općem upravnom postupku Austrije propisuje: „ukoliko je nadležno tijelo podnijelo zahtjev za prethodnu odluku ES-a, ono može, dok Sud ne donese odluku, nastaviti samo s onim radnjama i donositi one odluke na koje odluka o prethodnom pitanju ne može utjecati ili one kojima se pitanje ne rješava, a ono ne dopušta odgađanje.“ Nadalje „ukoliko nadležno tijelo zaključi kako prethodna odluka više nije potrebna za odluku u predmetu, Sud o tomu još nije odlučio, ono će povući zahtjev bez odgađanja.“ Sličnu odrebu sadrži i Zakon o upravnom sudu Austrije koji propisuje sljedeće: „Rješenje upravnog suda o upućivanju predmeta Europskom sudu za prethodnu odluku u skladu čl. 234 UEZ-a ili čl. 150 UEZUČ-a mora se dostaviti strankama. Nakon što je usvojeno takvo rješenje, Upravni sud može poduzimati samo one radnje i donositi one odluke na koje odluka o prethodnom pitanju ne može utjecati ili one kojima se pitanje ne rješava konačno uz uvjet hitnosti.“ Nadalje „ukoliko prethodna odluka još nije donesena, a Upravni sud zaključi kako više nije primjenjiva odredba koja je bila predmetom prethodnog pitanja, povući će zahtjev bez odgađanja.“

načela Europske unije slična ustavnim pravilima ili načelima na koje se stranka poziva u pobijanju nekog općeg akta. Naime, na upravnom je sudu da, kada mu je podnesen pravni argument o zanemarivanju neke odredbe ili načela, potraži postoji li pravilo ili opće načelo europskog prava koje, s obzirom na svoju prirodu, svoj doseg i kako je protumačeno u trenutačnom stanju sudske prakse europskog suca, jamči svojom primjenom učinkovitost poštovanja odredbe ili načela.

Ako pronađe slična europska pravila ili načela, upravni sudovi kontroliraju sukladnost općeg akta kojim se prenosi direktiva s tim pravilima i načelima dajući tako europskom pravu potvrdu o sukladnosti u području zaštite temeljnih prava, nalik njemačkim i talijanskim ustavnim sucima ili pak Europskom sudu za ljudska prava. Prema sudskoj praksi Foto-Frost, samo Sud Europske unije nadležan je proglasiti neki akt sekundarnog europskog prava nevaljanim. U tom će slučaju upravni sud morati uputiti prethodno pitanje. S druge strane, ako ne postoji veća poteškoća, upravni sudovi primjenjuju „teoriju acte claires“. Tako je na upravnom sudu da, u nedostatku ozbiljne poteškoće, odbaci navedeni pravni razlog ili, u suprotnom slučaju, uputi Sudu Europske unije prethodno pitanje u uvjetima predviđenim čl. 267 Ugovora o funkcioniranju Europske unije. Zanimljivo je da u ovom slučaju, upravni sudovi država članica Europske unije, uglavnom, odabiru uputiti prethodno pitanje Sudu Europske unije. Njihov postupak u potpunosti se uklapa u dijalog sudaca.

Upravni sudovi ipak predviđaju granicu te kontrole ako pravilo ili načelo ustavne vrijednosti na koje se stranka poziva u osporavanju općeg akta kojim se prenosi direktiva, nema parnjaka u europskom pravu.⁷³

5. ODNOS IZMEĐU VISOKIH NACIONALNIH SUDOVA, SUDOVA EUROPSKE UNIJE I EUROPSKOG SUDA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA NAKON LISABONSKOG UGOVORA

Ugovor o Europskoj uniji u svom članku 6. stavku 2. predviđa da „Unija pristupa Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. To pristupanje ne utječe na nadležnost Unije kako su utvrđene u Ugovorima“ .

Danas više ne postoji nikakva sumnja u postojanje interakcije između nacionalnih i europskih sudova. One su očite, brojne i zbog višestrukih razloga neophodne. Dijalog između sudova uvijek je postojao, a svaki je sud brzo razumijevao korisnost interakcije sa svrhom koja se odnosila na bitno obogaćivanje svoje sudske prakse. Nacionalna dimenzija je očigledna. Kada govorimo o dimenziji zajednice i europskoj dimenziji, jasno nam je da je i Sud Europske unije, na kompleksan način, ali ipak među ovim sudionicima.

73 Tako primjerice; Državni savjet ipak izbjegava preuzimati pojam ograde ustavnosti pravila i načela svojstvenim ustavnim identitetu Francuske koje je donijelo Ustavno vijeće. Ne želi se upustiti na teren na kojem je Ustavno vijeće bez sumnje u stanju bolje manevrirati. Državni je savjet skloniji pragmatičnoj analizi učinkovitosti jamčenja prava i sloboda: „naprotiv ako ne postoji pravilo ili opće načelo europskog prava kojem jamči učinkovitost poštovanja navedene odredbe ili ustavnog načela, zadaća je upravnog suca izravno ispitati ustavnost pobijanih regulatornih odredbi.“

Međutim, nismo mogli predvidjeti dijalog između suda u Luksemburgu i suda u Strasbourgu u svjetlu ovih istih kriterija. Bilo je nezamislivo da se nadležnost ova dva suda približe tako da ih se danas ponekad može pomiješati. Materijalne razlike su jasno istaknute. Svaki od sudova se nalazi na čelu novog i potpuno odvojenog pravnog poretka.

Proširenje zaštite temeljnih prava koju pruža Sud Europske unije međutim ipak je bilo postupno, usporeno, vjerojatno, uz mehanizme upućivanja prethodnog pitanja Europskom sudu za zaštitu ljudskih prava. Kao što naglašava profesor Denis Simon: „dva europska suda nisu mogla djelovati ignorirajući pripadajuće sudske prakse. Njihovo mirno supostojanje, pa makar i po cijenu nekoliko graničnih incidenata, moralo je neminovno dovesti do određene konvergencije, kako u metodama interpretacije tako i u utemeljenosti prava kojeg primjenjuju“.⁷⁴

U početku je Sud Europske unije postupno prisvojio sudsku praksu Europskog suda za zaštitu ljudskih prava, ali se pažljivo suzdržavao od spominjanja iste.

Sud Europske unije u početku je vezano uz sudsku praksu, izbjegavao je svako formalno referiranje na tumačenje temeljnih prava u skladu s tumačenjem Suda u Strasbourgu smatrajući da ne postoji uistinu mjerodavna sudska praksa,⁷⁵ odnosno, smatrao je da je bolje približiti se razmišljanju u skladu s općim načelima prava zajednice,⁷⁶ pa je i pristupao samostalnom tumačenju odredbi sadržanih u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, posebice u svjetlu ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama.

Međutim, ovaj je stav doveo do neslaganja u sudskoj praksi kao što je navedeno u sudskoj praksi Hoechst u kojoj je, u okviru zaštite poslovnih prostora kada govorimo o pretrazi stana, u skladu s člankom 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Sud u Luksemburgu odbio uzeti u obzir da se poslovni prostori smatraju prostorima koji su obuhvaćeni istom zaštitom koja se odnosi na privatni stambeni prostor, dok je Europski sud u svojoj praksi od 30. ožujka 1989. Chappel protiv Ujedinjenog Kraljevstva (serija A, br. 152) zaštitu iz članka 8. proširio na poslovne prostore koji se koriste u profesionalne svrhe.

Međutim, usprkos tomu što ne postoji postupak za institucionalnu suradnju, takva opasnost od neslaganja morala se postupno istopiti i ustupiti mjesto tomu da Sud Europske unije uzima u obzir rješenja koja donosi Europski sud za zaštitu ljudskih prava. Sudska praksa donesena na platou Kirschberg, danas izrijekom uzima u obzir sudsku praksu Suda u Strasbourgu u tumačenju temeljnih prava kakva su zajamčena Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, bez obzira radi li se o jednakosti u postupanju prema transseksualcima,⁷⁷ o zakonitosti kaznenih djela i kazni.⁷⁸ Sud Europske unije koji ide čak i do toga da očekuje presudu Europskog suda za zaštitu ljudskih prava kako bi izbjegao neslaganje u sudskoj praksi, primjerice u slučaju kada se Sud Europske unije,⁷⁹ u pitanju izazvanog prekida trudnoće, namjerno

74 Gaudement, Y., Stirn, B., str. 215.

75 Posebice vidi Sud Europske unije, 18. listopada 1989., Orkem.

76 Na tu temu vidi, Sud Europske unije, 31. rujna 1989., Hoechst c/ Commission.

77 Sud Europske unije, 30. travnja 1996., P/S i Cornwall County Council.

78 Sud Europske unije, 12. prosinca 1996., Kazneni postupci protiv X.

79 Sud Europske unije, 4. listopada 1991., The Society for the Protection of Unborn Children/Grogan.

suzdržao u očekivanju presude Europskog suda za zaštitu ljudskih prava kojem je usporedo bio upućen isti zahtjev.⁸⁰

Sud Europske unije išao je tako daleko da je usvojio, u predmetu zvanom „zavarene rešetke“, kriterije iz sudske prakse Europskog suda za zaštitu ljudskih prava koji se odnose na članak 6. Konvencije izričito navodeći mjerodavne presude u toj stvari.⁸¹ Nadalje, da bi se vratili na izvorno pravo, tijekom devedesetih godina dvadesetog stoljeća (Maastricht, 6§2) u pravo zajednice ugrađen je sadržaj Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Sud Europske unije će se uvijek uvelike oslanjati na ove odredbe kako bi se približio sudskoj praksi iz Strasbourga.

5.1. Pomirenje ili uzajamno obogaćivanje kroz dijalog sudske prakse

Tijekom posljednjih pedeset godina, nacionalni upravni sudovi bili su suočeni s nekoliko kopernikanskih obrata, a među njima se nalazi i uključenje pravnog poretka zajednice i pripadajućih načela u taj novi poredak. Uključenje je provedeno u institucionalnom okviru, odnosno u okviru prethodnog postupka, o pitanjima koja se odnose na jasno utvrđena područja. Stoga je uključenje bilo obuhvaćeno potrebnom pažnjom u pogledu njegove pune primjene.

To, međutim, nije bio slučaj za odnose koji su se de facto trebali uspostaviti između nacionalnih upravnih sudova i Europskog suda za zaštitu ljudskih prava. Doista, mehanizmi su bili unaprijed definirani i područja pripadajućih nadležnosti bila su jasno popisana. Pa ipak, autoritet presuda Europskog suda za zaštitu ljudskih prava obuhvaćen je više nego neočekivanim razvojem, a utjecaj ovog Suda nesumnjivo je nadišao granice koje smo u samom početku mogli odrediti. Mnogo više od europskog suda, sastavljen od mudraca, predstavlja različite pravne kulture i tradicije i zadužen da osigura poštovanje prava koje povijest ili razvoj društva smatraju temeljnima, Europski sud za zaštitu ljudskih prava malo po malo se pretvorio u sud koji obavlja pretorijanski posao i predstavlja dokaz stvarne kreativnosti, koja se ponekad ocjenjuje kao „konstruktivna kreativnost“.⁸²

Ovaj je razvoj bio takav da mu je omogućio ne samo da ima neupitan legitimitet u očima nacionalnih upravnih sudova u pitanju temeljnih prava, već isto tako, kao što smo to zaključili, i da poveća intenzitet svog utjecaja na presude Suda Europske unije, a da pri tomu nema mjesta za postupno uspostavljanje bilo kakve hijerarhije između različitih sudova koja razmatramo.

80 Opseg članka 10. Konvencije, Europski sud je presudio, 29. listopada 1992., Open Door protiv Irske.

81 Sud Europske unije, 17. prosinca 1998., Baustahlgewebe GmbH.

82 Chaltiel, F., Le juge administratif, juge européen, AJDA, Paris, 2008.

5.2. Razdoblje nakon Lisabonskog ugovora ili istraživanje novih rješenja za nove izazove

Podsjećamo da je Lisabonski ugovor u području temeljnih prava razlikuje. Prvo, Preambula Ugovora o Europskoj uniji podsjeća na određeni broj bitnih načela među kojima se nalazi, na primjer, nadahnuće „kulturnim, vjerskim i humanističkim nasljeđem Europe iz kojeg su se razvile opće vrijednosti nepovredivih i neotuđivih prava ljudskog bića, slobode, demokracije, jednakosti i vladavine prava“ ili još „privrženost načelima slobode, demokracije i poštovanja ljudskih prava i temeljnih sloboda te vladavine prava“ i konačno „privrženost temeljnim socijalnim pravima utvrđenima u Europskoj socijalnoj povelji potpisanoj 18. listopada 1961. te u Povelji Zajednice o temeljnim socijalnim pravima radnika iz 1989.“. Ova preambula koja potvrđuje bitnu narav zajedničkog državljanstva u Europi inzistira na uspostavi slobodnog, sigurnog i pravednog prostora, o donošenju odluke najbliže moguće građaninu u skladu s načelom supsidijarnosti i navodi da sve što je upravo rečeno mora se ostvariti uz poštovanje održivog razvoja. Drugo, članak 6. stavak 1. Ugovora o Europskoj uniji kaže da „Unija priznaje prava, slobode i načela određena Poveljom Europske unije o temeljnim pravima od 7. prosinca 2000., kako je prilagođena u Strasbourgu 12. prosinca 2007., koja ima istu pravnu snagu kao Ugovori.“ Treće, članak 6. stavak 2. i 3. istog ugovora predviđaju da Unija pristupa Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. To pristupanje ne utječe na nadležnosti Unije kako su utvrđene u ugovorima. Temeljna prava, kako su zajamčena Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama i čine opća načela prava Unije. Četvrto i konačno, naslonjena na Lisabonski ugovor, Povelja Europske unije o temeljnim pravima koja, osim svoje preambule, obuhvaća ne samo 54 članka, već i 18 stranica gustih objašnjenja koja se odnose na Povelju o temeljnim pravima također vrijedi kao ugovor i, u biti, nastoji usporediti svaki od članaka iz Povelje s pripadajućim odredbama iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Možemo uočiti poteškoće i izvore sukoba nadležnosti ili nadmetanja između sudova, te još poteškoće koje se odnose na utvrđivanje merituma primjenjivog prava, prema tome Povelja ne predstavlja jednostavni „prijepis“ Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, odnosno na kraju poteškoće u određivanju odnosa između različitih nacionalnih i europskih sudova.⁸³

Znamo da će Sud Europske unije, nadamo se u bliskoj budućnosti, morati u pravnom poretku zajednice svakodnevno provoditi odredbe Europske povelje o temeljnim pravima, zbog pristupanja Europske unije Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Možemo zamisliti slučaj tužitelja koji suočen s odredbom akta iz prava zajednice koja ga se tiče pojedinačno i izravno, upućuje tužbu Sudu Europske unije za poništavanje navedenog akta. U sudnici Europskog suda za zaštitu ljudskih prava, ovaj bi se tužitelj vjerojatno mogao pozvati temeljem članka 6. Konvencije, na pretjerano trajanje postupka kojeg provode institucije zajednice i na posljedice koje bi nastale iz toga. U toj fazi, teorija iscrpljivanja internih pravnih

83 Chaltiel, F., str. 452.

lijekova zapravo više ne bi imala utjecaja.

U tom kontekstu proizlazi pitanje: Koja bi rješenja odabrao Sud Europske unije? Bi li pokušao skratiti rokove za donošenje presude, što bi, ako uzmemo u obzir uložene napore u posljednjih pet godina, bilo praktički nemoguće? Ili će možda osmisliti novi režim odgovornosti za Europsku uniju, ali na kojim temeljima, objektivne odgovornosti ili odgovornosti na temelju krivnje?⁸⁴

Neki su autori skloni smatrati da pristupanje Europske unije Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda predstavlja samo po sebi jednu formalnost, običnu administrativnu etapu u nizu. Kao razmišljanju, oni ističu veliku sličnost koja postoji između tekstova (Povelja Europske unije o temeljnim pravima i Konvencija) i izvrsnih odnosa koje njeguju dva europska suda, naglašavajući velika suglasja u sudskoj praksi i umanjujući nesuglasje ili manja odstupanja.⁸⁵

Međutim, treba naglasiti da u odstupanju postoje dvije kategorije rizika odstupanja. Prva kategorija odnosi se na ideje, budući da smo uočili da sve više neće raditi o uzajamnom nadahnuću već o nametnutom istinskom materijalnom suglasju. Ne samo sa stajališta sudske prakse, već i prvenstveno sa stajališta europskog prava čija će sukladnost s Konvencijom podlijevati kontroli Suda u Strasbourgu. Također tekst Europske povelje o temeljnim pravima i tekst Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda nisu identični. Druga kategorija odnosi se na narav koja se pripisuje interpretativnim metodama koje koriste jedan ili drugi europski sud. Znamo da se Sud Europske unije uvijek držao, kao i upravni sudovi država članica, tzv. „finalističke“ koncepcije ili „teleološke“, a posebno „funkcionalističke“ velikih općih načela prava u pitanju zaštite temeljnih prava, veliki je broj presuda Suda Europske unije, koji trajno djeluju na pomirenju između više temeljnih načela i, kako bi uspio izbjeći stvarne koncepcijske poteškoće, ističe pojam „od općeg interesa“ „priječkih razloga općeg interesa“, sve popraćeno tekstom o proporcionalnosti, to je slučaj ne samo u gospodarskim stvarima, već i u institucionalnoj stvari kao što su na primjer retroaktivni zakoni (ex-post facto zakoni).

Europski sud za zaštitu ljudskih prava suprotno se Sudu Europske unije u okviru obnašanja svojih dužnosti često smatra „čuvarom stupova hrama“ i više se pridržava konceptualnih značenja u pitanju zaštite temeljnih prava pridajući manje pozornosti negoli ranije spomenuti sudovi konkretnim poteškoćama njihove provedbe u državama potpisnicama kao i potrebnom pomirenju do kojeg mora doći među tim temeljnim načelima. Često sporovi u kojima donosi presudu ne vode sud do potrebne primjene ovog osjetljivog zadatka vezanog uz pomirenje.⁸⁶

No, možemo podsjetiti da se velika poteškoća javlja zbog prisutnosti većeg broja sudova zaduženih da primjenjuju iste tekstove i još više kada tekstovi nisu identični za iste sporove. Znamo da se približavanje njihovih pripadajućih sudskih praksi ostvaruje dijalogom kojem smo upravo pokušali odrediti glavne promjene. U tom je smislu bivši članak 177 postao članak 234 i postao članak 267 Ugovora, a odnosi se

84 Genevois, B., La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: complémentarité ou concurrence?, RFDA, Paris, 2012., str. 437.

85 Ibid.

86 Boucher, J., Bourgeois-Machureau, B., str. 1092.

na prethodna pitanja o tumačenju ili o valjanosti koja upućuje nacionalni sudac Sudu Europske unije, Roger-Michel Chevalier, Ami Barav, Georges Vandersanden, Pierre Pescatore...su ga legitimno mogli opisati kao „osnovni princip“ prava zajednice od početka sedamdesetih godina. Nadalje, novina koju predstavlja pristupanje Europske unije, koja već sama ima vlastiti tekst o temeljnim pravima, Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda takve je prirode, da u slučaju nedostatka savršenog i identičnog suglasja između ova dva teksta i interpretativne metode koje se na njih primjenjuju, može doći do kristalizacije virtualnih napetosti, a da se istovremeno ne mogu predvidjeti postupovni mehanizmi koji će omogućiti da se ovi problemi riješe.⁸⁷

Kada spominjemo supostojanje nacionalnih upravnih sudova i sudova zajednice, često smo u iskušenju predvidjeti te odnose u hijerarhijskom smislu, što je pogrešno, a neki idu čak i do toga da smatraju da su nacionalni upravni sudovi smješteni „pod autoritet“ Suda Europske unije ili da Europski sud za zaštitu ljudskih prava predstavlja na neki način četvrti stupanj sudovanja. No ništa od toga. Možda prebrzo zaboravljamo da ne može i ne smije biti riječi o hijerarhiji u ovom smislu, već o supostojanju ili o komplementarnosti ova dva različita pravna poretka, ni u kom slučaju konkurentna, već komplementarna i koja se nastoje međusobno obogatiti. Također, napominjemo da još nije sve riješeno pitanje „dijaloga sudaca“, fantastičnoj formulaciji koji je izmislio Bruno Genevois u svojim zaključcima u predmetu Cohn-Bendit i naslovu *Pravnog zbornika Mélanges*.

6. ZAKLJUČAK

Što treba zaključiti iz odnosa koji bi se uskoro trebali uspostaviti između Suda Europske unije, Europskog suda za zaštitu ljudskih prava i nacionalnih upravnih sudova?

Prvo, u nijednom slučaju, ne smije doći do prekomjernog povećanja trajanja postupka. Trajanje roka za donošenje presude jedna je od sastavnica kvalitete pravosuđa koja je jednoglasno priznata i na koju stalno podsjeća Europski sud za zaštitu ljudskih prava pa i Sud Europske unije koji je u tom smislu nedavno izdao upozorenje Općem sudu Europske unije. Drugo i posebice radi poštovanja onoga što se želi još od sredine prethodnog stoljeća, bitno je da se ne uspostavlja nikakva hijerarhija između europskih sudova, ni između europskih sudova i nacionalnih upravnih sudova. To se mora primjenjivati posvuda i tako moraju osjećati stranke u postupku. Prema tomu, jako je bitno da, ako se već predviđa između Suda Europske unije, Europskog suda za zaštitu ljudskih prava i nacionalnih upravnih sudova uspostaviti suradnju (dijalog), tada bi to trebalo provesti ne samo u najkraćem mogućem roku, već bi to također trebalo imati neobvezujući karakter, odnosno interpretativni karakter. Po svemu sudeći Sud Europske unije će biti dovoljno odgovoran da neće odustati od tih „prethodnih mišljenja“, jer bi tada to značilo da će se stvoriti nesavladiva pravna nesigurnost i za nacionalne upravne sudove i za stranke u postupku.

Kako bi shvatili posljedice svoje sudske prakse, upravni sudovi moraju prihvatiti

⁸⁷ Dufourcq, B., *La Cour européenne des droits de l'homme, arbitre du dialogue entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice des Communautés européennes?*, RFDA, Paris, 2012.

odgovornost u slučaju da i zakonodavac i sudac ne poznaju pravo Europske unije. Tako će doći do uspostavljanja sukladnosti sa sudskom praksom Suda Europske unije iz 1991. koja nameće načelo odgovornosti država članica zbog kršenja prava Europske unije.⁸⁸ Cjelokupno umijeće nacionalnog suca, kao i Suda Europske unije odnosilo se na ublažavanje, pa čak i na uklanjanje učinaka tih nesuglasica i to stalnim nastojanjima da se pomire konvergentne sudske prakse.

Hrvatsko upravnosudovanje morat će prisvojiti metode u tumačenju i razmišljanju Suda Europske unije i Europskog suda za ljudska prava u više značajnih odluka. Upravni sudovi u Republici Hrvatskoj trebaju pridonijeti razvoju zaštite temeljnih prava u Europskoj uniji.

Prema tomu, bit ćemo svjedoci pravog uzajamnog obogaćivanja koje će se obnavljati bez prestanka. Zapravo iz unakrsnih i komplementarnih sudskih praksi proizlazi da je svaka sudska praksa bitan pokretač svakodnevnih interakcija koje proizlaze iz sukoba ili mirenja ideja. Bogatstvo tih razmjena je neupitno. Ako nam se ponekad i čini da postoji ponekad mala razlika u smislu jednog ili drugog načela, ili u stajalištu, ostaje činjenica da je utjecaj europske sudske prakse omogućio da na nacionalnoj razini postavimo pitanje o promjenama do kojih treba doći u načelima jednakosti, pravne sigurnosti, odnosno čak i legitimnog povjerenja. U ovoj fazi, legitimno je zapitati se o međudjelovanju koje bi moglo postojati, kada bi, primjerice nacionalni upravni sudovi suočeni s pitanjem o valjanosti odredbe iz prava zajednice bili obvezni uputiti prethodno pitanje isključivo nadležnom sudu, a to je Sud Europske unije.

Sud Europske unije također postaje jedan od glavnih sudionika i samostalan u svojoj misiji zaštite temeljnih prava koji stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora predstavlja ostvarenje vrhunca dijaloga, utvrđujući obnavljanje i možda polaznu točku za nove poteškoće koje će trebati riješiti brzo kako sav „veliki napredak“ ne bi ostao mrtvo slovo na papiru.

U svjetlu navedenih spoznaja svoj položaj tražiti i upravni sudovi Republike Hrvatske. Načelo suradnje zahtijeva od hrvatskih upravnih sudova da ozbiljno shvate svoju ulogu kao europskih sudova i tako što više pridonese učinkovitoj primjeni europskog prava.

88 Sud Europske unije, 19. studenog 1991., Francovich et Bonifaci.

Summary

THE DIALOGUE BETWEEN ADMINISTRATIVE COURT AND COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

This paper discusses the dialogue judges between administrative court and Court of Justice of the European Union, and determines the most important elements of this cooperation. Special attention was given preliminary ruling procedure and position of Croatian administrative courts in it. In the following paper, the relationship between the national administrative courts, the Courts of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights after the Treaty of Lisbon. This paper also discusses the solutions adopted in other countries, special attention was paid to the influence of French administrative law on cooperation (dialogue) between the courts due to a strong influence on the development of that cooperation.

Key words: *cooperation (dialogue), administrative court, Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights.*

Zusammenfassung

ZUSAMMENARBEIT (DIALOG) ZWISCHEN NATIONALEN VERWALTUNGSGERICHTEN, DES GERICHTSHOFS DER EUROPÄISCHEN UNION UND DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS FÜR MENSCHENRECHTE

In der Arbeit wird die Zusammenarbeit (Dialog) zwischen nationalen Verwaltungsgerichten, des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Betracht gezogen. Die wichtigsten Elemente dieser Zusammenarbeit werden festgestellt. Besonderen Wert legt man auf das Vorverfahren und die Position von kroatischen Verwaltungsgerichten darin. Weitgehend wird auf das Verhältnis zwischen nationalen Verwaltungsgerichten, des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nach dem Vertrag von Lissabon hingewiesen. Die in anderen Staaten akzeptierten Beschlüssen werden auch in Betracht gezogen, wobei man großen Wert auf den Einfluss des französischen Verwaltungsrechtes auf die Zusammenarbeit (Dialog) zwischen Richtern legt, weil es die Entwicklung der genannten Zusammenarbeit stark beeinflusst hat.

Schlüsselwörter: *Zusammenarbeit (Dialog), Verwaltungsgericht, der Gerichtshof der Europäischen Union, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte.*

Riassunto

LA COLLABORAZIONE (IL DIALOGO) TRA I TRIBUNALI AMMINISTRATIVI NAZIONALI, LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA E LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Nel contributo si esamina la collaborazione (il dialogo) tra i tribunali amministrativi nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea, tentando di individuare gli aspetti più rilevanti di tale collaborazione. Particolare attenzione viene riservata al rinvio pregiudiziale ed alla posizione che in esso rivestono i tribunali amministrativi croati. Nel proseguimento del lavoro si osserva il rapporto tra i tribunali amministrativi nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona.

Nel contributo si analizzano altresì le soluzioni adottate negli altri paesi, prestando particolare attenzione al peso del diritto amministrativo francese a proposito della collaborazione (dialogo) tra i giudici in ragione della forte influenza nell'intensificazione di tale collaborazione.

Parole chiave: *collaborazione (dialogo), tribunale amministrativo, Corte di giustizia dell'Unione europea, Corte europea dei diritti dell'uomo.*

KOMUNALNA NAKNADA U RH I NJEZINO POZICIONIRANJE U ODNOSU NA TEORETSKE I NORMATIVNE KONCEPTE FINACIJSKOG PRAVA

Dr. sc. Nataša Žunić Kovačević,
izvanredna profesorica
Stjepan Gadžo, mag. iur., asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.73:351.824.11
Ur.: 4. veljače 2014.
Pr.: 5. ožujka 2014.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U ovom radu autori analiziraju temeljna obilježja komunalne naknade, kao jednog instrumenta prikupljanja javnih prihoda u Republici Hrvatskoj. Najprije se, polazeći od osnovnih nalaza teorije javnih financija, pokušava dati odgovor na pitanje o pravnoj prirodi komunalne naknade. Nakon davanja zaključka kako je unutar kontinuuma javno-financijskih instrumenata komunalna naknada sličnija klasičnim porezima no korisničkim naknadama, istražuje se koliko je to prepoznato u normativnom okviru hrvatskoga fiskalnog sustava, čiji je temeljni oslonac Opći porezni zakon. Autori upravo u slabostima i nedorečenostima normativnog okvira nalaze jedan od uzroka postojećeg nezadovoljavajućeg stanja pri utvrđivanju i naplati komunalne naknade, što valja uzeti u obzir u budućim raspravama o alternativnim izvorima financiranja javnih potreba, pogotovo s lokalnih razina vlasti. U tom smislu temeljni nalazi analize iz ovog rada mogu se pokazati korisnima i za nositelje fiskalne politike u Republici Hrvatskoj.

Ključne riječi: *komunalna naknada, financiranje lokalnih jedinica vlasti, porez, korisnička naknada, hrvatski fiskalni sustav, Opći porezni zakon.*

1. UVOD

Među fiskalno najizdašnije prihode općina i gradova kao jedinica lokalne samouprave u Republici Hrvatskoj (dalje: JLS) kontinuirano se ubrajaju i prihodi od komunalne naknade.¹ Istodobno, praksa javnopravnih tijela i nadležnih sudova

1 *Rad sadrži dijelom analize i rasprave prikazane na skupu „Aktualnosti primjene propisa upravnog prava jedinica lokalne i područne (regionalne)samouprave“ objavljene u Zborniku radova pod naslovom „Neka otvorena pitanja u postupku utvrđivanja i naplate komunalne naknade iz financijsko-pravne perspektive“.

Vidi npr.: Bajo, A., Jurlina Alibegović, D., *Javne financije lokalnih jedinica vlasti*, Školska knjiga, Zagreb, 2008., str. 89. U 2011. godini hrvatske su JLS ostvarile ukupno 1,97 milijarde kuna prihoda od komunalne naknade, što čini 9,37% od ukupnih prihoda lokalnih jedinica u RH

ukazuje na probleme i nedoumice pri njezinom utvrđivanju i naplati, što podriiva fiskalni potencijal hrvatskih JLS-a. „Komunalne naknade trebaju predstavljati jedan specifičan izvor prihoda u financiranju JLS-a, pa čak i kao osnova njihovog gospodarenja. Uvidom u postojeću praksu glede njihove naplativosti uočava se čitav niz problema pri obračunu i naplati. Obračunate i utvrđene naknade naplaćuju se vrlo teško ili gotovo nikako, pa je tako doveden u pitanje čitav institut“.² Uzrok takvog stanja dijelom se može pripisati i upitnoj pravnoj prirodi komunalne naknade kao javno-financijskog instrumenta te pitanju njezina mjesta u odnosu na *de lege lata* pozitivnopravni okvir hrvatskoga fiskalnog sustava.

Osnovni je cilj ovog rada analizirati temeljna obilježja komunalne naknade u Republici Hrvatskoj s teoretskog i normativnog aspekta. Rezultati analize mogu biti korisni ne samo kao putokaz za rješavanje postojećih praktičnih nedoumica i problema, već i za nositelje fiskalne politike, pred koje se postavljaju sve snažniji zahtjevi za određenim inovacijama u financiranju javnih potreba.³

Otvorena pitanja posebno su naglašena u vođenju fiskalne politike i planiranju instrumenata financiranja javnih potreba na lokalnim razinama vlasti. Naime, lokalne se vlasti mogu, a i sve češće se promatraju u analogiji s poduzetničkom aktivnošću. U takvoj perspektivi vlast osigurava usluge i dobra svojim građanima, tj. rezidentima, a oni su ih obvezni platiti s obzirom na ostvarenu korist. Iako je financiranje aktivnosti vlasti u pružanju javnih dobara i usluga moguće ostvariti porezima, tada ipak ostaje neostvarena povezanost i uvjetovanost između plaćenog iznosa poreza i pružene usluge. Takvu poželjnu poveznicu nalazimo u primjeni, tzv. korisničkih naknada.⁴ Korisničke naknade mogu se smatrati sofisticiranijim metodama u alociranju troškova osiguranja javnih dobara korisnicima. U teoriji je potvrđeno kako opći porezi nisu prikladni kao isključivi izvor prihoda za financiranje, tzv. mješovitih javnih dobara, odnosno da je tada prikladnija uporaba korisničkih naknada. Značaj i raznovrsnost naravi korisničkih naknada predmet su interesa teorije javnih financija. Pravne, ali i posljedice druge vrste, koje nastaju zbog kvalifikacije određenog financijskog

(što uključuje i prihode županija kao jedinice regionalne samouprave) te 49,94% onih prihoda koji se prema propisima koji uređuju proračunsko računovodstvo evidentiraju kao prihodi od upravnih i administrativnih pristojbi, pristojbi po posebnim propisima i naknada. Valja primijetiti kako navedeni propisi komunalnu naknadu ubrajaju u neporezne prihode proračuna JLS-a. Analiza pravne prirode komunalne naknade, a napose njezina sličnost s porezima iznosi se *infra*, u poglavlju 3.2.

- 2 Perić, R., *Naknade kao prihod jedinica lokalne samouprave*, u: Adamovich, A., *et al.* (ur.), *Financiranje lokalne samouprave: Zbornik radova Savjetovanja "Jedinice lokalne samouprave u poreznom sustavu Republike Hrvatske"*, Hrvatski institut za lokalnu samoupravu, Osijek, 1999., str. 96. Inovije analize ukazuju na velike probleme JLS-a pri naplati prihoda od komunalne naknade. Vidi detaljnije: Državni ured za reviziju (2013.), *Izješće o obavljenoj reviziji učinkovitosti naplate prihoda u jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave*, dostupno na: <http://www.revizija.hr/hr/izvjesce/revizija-ucinkovosti-naplate-prihoda-u-lokalnim-jedinicama/> (1. studenog 2013.), str. 18.-19.
- 3 Za pregled aktualnih pojava koji utječu na promjene pristupa javnim financijama, te mogućih inovativnih pristupa vidi, npr.: Bailey, S., Valkama, P., Anttiroiko, A., *Innovations in Financing Public Services: Country Case Studies*, Palgrave, Basingstoke, 2010.
- 4 O pojmu korisničkih naknada detaljno vidi: *infra*, poglavlje 3.1.

instrumenta kao javnog, te unutar toga kao poreznog ili neporeznog, u normativnoj su praksi prepoznate, ali ne i dovoljno definirane. U tumačenjima se i praksi, napose sudskoj, često primjenjuju i tek uskom pravnom logikom paušalno ili grubo prepoznaju, isključivo osnovni oblici ili instrumenti financiranja javnih potreba. Stoga razlike, posebno one suptilne, trebaju biti jasno određene te u normativnom smislu nedvosmisleno pravno uređene.

Od odgovora na otvorena pitanja pravne naravi i normativnog pozicioniranja komunalne naknade izravno ovisi i pravno uređenje postupanja tijela nadležnih za njezino utvrđivanje i naplatu. Od svog pojavljivanja u sustavu javnih financija do zakonskog okvira koji je danas na snazi, materijalnopravno uređenje komunalne naknade doživjelo je određene važne izmjene, što je neizbježno trebalo dovesti i do promjena u postupcima u povodu ubiranja tog financijskog instrumenta. Istodobno je promjene doživio i opći postupovni okvir ubiranja svih javnih prihoda u Republici Hrvatskoj. Zbog navedenih promjena neodrživa su stajališta koja se pozivaju na prijašnja iskustava i prakse neuvažavajući neizbježnost transformacija i promjena.

Rad je strukturno podijeljen na pet osnovnih dijelova. Nakon uvoda, u drugom se dijelu rada izlažu osnovni elementi komunalne naknade u Republici Hrvatskoj. Treći je dio posvećen analizi pravne prirode komunalne naknade s aspekta teorije javnih financija. U četvrtom se dijelu rada analizira normativni okvir utvrđivanja i naplate komunalne naknade u Republici Hrvatskoj, uz prijedloge mogućih promjena istoga. Posljednji, peti dio rada sadrži zaključne napomene.

2. OSNOVNI ELEMENTI KOMUNALNE NAKNADE U REPUBLICI HRVATSKOJ

Komunalno gospodarstvo u Republici Hrvatskoj, kao ukupnost različitih gospodarskih djelatnosti od posebnog društvenog interesa⁵, nakon 1995. godine i donošenja prvog sistemskog zakona koji uređuje ovo područje⁶, predstavlja važan dio djelokruga hrvatskih JLS-a.⁷ Sustav njegova financiranja počiva na različitim javno-

5 Detaljnije o temeljnim obilježjima komunalnih djelatnosti vidi: Tolić, V., Bolfek B., Tokić, M., *Načini obavljanja komunalnih djelatnosti u sustavu komunalnog gospodarstva*, Praktični menadžment, vol. 2., br. 2./2011., str. 99.-102.

6 Zakon o komunalnom gospodarstvu (NN br. 36/95, 70/97, 128/99, 57/00, 129/00, 59/01, 26/03 - pročišćeni tekst, 82/04, 110/04 - Uredba, 178/04, 38/09, 79/09, 49/11, 144/12, 94/13, 153/13; dalje: ZKG).

7 Općine i gradovi su utvrđeni kao JLS od donošenja prvog Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi iz 1992. (NN br. 90/92), što je potvrđeno i u trenutno važećem Zakonu o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi (NN br. 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13; dalje: ZLPS). Čl. 19., st. 1. ZLPS-a, u kojem se navode poslovi iz samoupravnog djelokruga općina i gradova kao JLS, usklađen je sa ranije donesenim ZKG-om te izričito spominje i komunalne djelatnosti. O važnosti poslova komunalnog gospodarstva za hrvatske JLS autori Šimović i Rogić Lugarić navode: „(K)omunalno gospodarstvo jedna je od najvažnijih javnih ovlasti jedinica lokalne samouprave u RH. Udio rashoda za spomenute namjene iznosi, po pravilu, više od 20% ukupnih lokalnih proračunskih prihoda“ (Šimović, J., Rogić Lugarić, T., *Javna poduzeća*, u: Šimović, J., et al., *Hrvatski fiskalni sustav*, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 493.).

financijskim instrumentima. Pritom je uočljiva dvojnost instrumenata financiranja s obzirom na narav komunalnih djelatnosti.⁸ One komunalne djelatnosti čiji se troškovi obavljanja mogu individualizirati, tj. kod kojih je moguće odrediti točnu visinu koristi svakog pojedinog korisnika, financiraju se kroz cijenu usluga komunalnih djelatnosti.⁹ One komunalne djelatnosti kod kojih je realna individualizacija troškova nemoguća financiraju se prihodima od komunalne naknade, specifičnim proračunskim prihodima JLS-a.¹⁰

Najvažniji elementi komunalne naknade kao javnog prihoda uređeni su ZKG-om, u glavi IV. (*Prihodi za obavljanje komunalnih djelatnosti*), čl. 22.-28. Navedene odredbe predstavljaju pravnu osnovu ubiranja komunalne naknade u Republici Hrvatskoj. Na temelju ovlasti iz čl. 23., st. 1. ZKG-a predstavničko tijelo JLS-a donosi odluku o komunalnoj naknadi, opći akt kojim se pobliže uređuju čimbenici bitni za izračun obveze komunalne naknade¹¹. Odluka sadrži i „rokove plaćanja, nekretnine što ih se posve ili djelomično oslobađa plaćanja komunalne naknade, razloge oslobađanja, izvore prihoda iz kojih će se namiriti sredstva potrebna za financiranje namjenskih poslova, ako se pojedine korisnike oslobađa plaćanja naknade“.¹² Na temelju navedenih odredbi ZKG-a upravno tijelo JLS-a u čijem su djelokrugu poslovi komunalnoga gospodarstva donosi rješenje o komunalnoj naknadi, kojim se utvrđuje obveza plaćanja komunalne naknade, a visina obveze te eventualna oslobođenja od plaćanja za pojedine obveznike određuju se sukladno odredbama odluke o komunalnoj naknadi. Iz navedenoga jasno proizlazi kako je obveza plaćanja komunalne naknade *ex lege* obveza, koja nastaje u slučaju ispunjenja činjenica predviđenih zakonom, detaljnije razrađenih, u temeljem zakonske ovlasti donesenom, općem aktu JLS-a. Činjenica koja se može označiti i kao predmet (objekt) komunalne naknade¹³ jest

8 Prema: Šimović, J., *Javna poduzeća*, u: Jelčić, Bo., *et al.*, *Hrvatski fiskalni sustav*, 2004., str. 392.

9 Ove su djelatnosti navedene u čl. 20. st. 1. ZKG-a 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. O cijenama komunalnih usluga kao instrumentu njihova financiranja detaljnije vidi: Šimović, J., Rogić Lugarić, T., *Neka obilježja cijene komunalnih usluga kao instrumenta financiranja komunalnih djelatnosti*, u: Lončarić - Horvat, O. (ur.), *Zbornik radova u povodu 80. godišnjice života prof. emeritusa Božidara Jelčića*, Visoka poslovna škola Libertas, Zagreb, 2010., str. 389.-412.

10 Prema: Šimović, J., *op. cit.*, u bilj. 12., str. 393. Čl. 22. st. 1. ZKG-a izričito navodi kako je „komunalna naknada prihod proračuna jedinice lokalne samouprave“.

11 Ti su čimbenici: naselja JLS-a u kojima se naplaćuje komunalna naknada, područja zona u gradu, odnosno općini, koeficijent zone (Kz) te koeficijent namjene (Kn) za poslovni prostor i za građevno zemljište koje služi za obavljanje poslovne djelatnosti.

12 Klemenčić, I., *Komunalna naknada*, Porezni vjesnik, vol. 18., br. 3./2009., str. 95. Obvezatni dijelovi odluke o komunalnoj naknadi određeni su u čl. 23. st. 1. ZKG-a.

13 Uporaba ovog pojma predstavlja analognu primjenu uvriježenog nazivlja u području oporezivanja, gdje se pod pojmom poreznog predmeta ili objekta oporezivanja smatraju „određene, sa stajališta oporezivanja, relevantne stvari (pokretna i nepokretna imovina), pravnoekonomske transakcije, činjenice i sl., koje dovode do nastanka porezne obveze“ (Jelčić, B., *Porezna terminologija*, u: Jelčić, B., *et al.*, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 120.).

vlasništvo ili korištenje nekretnine, u vezi s kojom JLS obavljaju određene komunalne djelatnosti.¹⁴ U rješenju o komunalnoj naknadi, kao upravnom aktu¹⁵, utvrđuje se ispunjenje navedene činjenice u odnosu na fizičku i pravnu osobu vlasnika ili korisnika nekretnine (obveznika komunalne naknade) te iznos njegove obveze na ime komunalne naknade ili eventualno oslobođenje (privremeno, potpuno ili djelomično) od plaćanja.

Čimbenici o kojima ovisi iznos obveze, sukladno čl. 24. ZKG-a, jesu: korisna površina nekretnine, lokacija nekretnine (tj. zona u kojoj se nekretnina nalazi) te vrsta, tj. namjena nekretnine.¹⁶ Odlukom predstavničkog tijela JLS-a, po donošenju odluke o komunalnoj naknadi, određuje se vrijednost boda. Ova je vrijednost, izražena u kunama, jednaka mjesečnoj visini komunalne naknade po četvornom metru korisne površine stambenog prostora u prvoj zoni JLS-a.¹⁷ Kako bi se izračunao iznos konačni iznos mjesečne obveze komunalne naknade po četvornom metru korisne površine nekretnine, vrijednost boda potrebno je pomnožiti s koeficijentom zone i koeficijentom namjene.¹⁸

Što se tiče pripadnosti prihoda, prihodi od komunalne naknade predstavljaju prihod proračuna one JLS na čijem se području nalazi nekretnina u vezi s kojom nastaje obveza komunalne naknade. Radi se o namjenskim приходima, u smislu čl. 48. Zakona o proračunu¹⁹, a namjene u koje se sredstva prikupljena komunalnom naknadom

14 Preciznije, sukladno čl. 22. st. 2. ZKG-a, predmet komunalne naknade jest vlasništvo ili korištenje stambenog, poslovnog ili garažnog prostora, građevnog zemljišta koje služi za obavljanje poslovne djelatnosti te neizgrađenoga građevnog zemljišta, ako se te nekretnine nalaze unutar građevinskog područja naselja JLS-a. Prema čl. 22. st. 3. ZKG-a predmet komunalne naknade jest i vlasništvo ili korištenje stambenog ili poslovnog prostora koji se nalaze izvan građevinskog područja naselja, a na kojem se obavljaju najmanje komunalne djelatnosti održavanja javnih površina, održavanja nerazvrstanih cesta i javne rasvjete, te koje su opremljene najmanje pristupnom cestom, objektima za opskrbu električnom energijom i vodom prema mjesnim prilikama i time čine sastavni dio infrastrukture JLS-a.

15 Detaljnije o postupku utvrđivanja i naplate komunalne naknade kao upravnom postupku te rješenju o komunalnoj naknadi kao upravnom aktu vidi: *infra*, poglavlje 4.2.

16 Prema: čl. 24. ZKG-a.

17 Prema: čl. 25. ZKG-a.

18 Podjela područja JLS-a na zone (tzv. zoniranje), kao i koeficijenti pojedinih zona, za potrebe izračuna komunalne naknade, sadržani su u odluci o komunalnoj naknadi. Sukladno čl. 26. st. 2. ZKG-a, predstavničko tijelo podjelu JLS-a na zone utvrđuje na temelju vlastitih mjerila i uvjeta te ovisno o pogodnosti položaja i komunalnoj opremljenosti danog područja. Koeficijent namjene ovisi o vrsti nekretnine u odnosu na koju se komunalna naknada plaća, te je njegova vrijednost veća za poslovni prostor i građevno zemljište koje služi obavljanju poslovne djelatnosti nego za stambeni prostor. U čl. 27. ZKG-a postavljene su ili točne vrijednosti ovoga koeficijenta ili granične vrijednosti unutar kojih predstavnička tijela JLS-a, odlukom o komunalnoj naknadi, mogu odrediti koeficijent namjene.

19 Čl. 48. Zakona o proračunu (NN br. 87/08, 136/12) određuje kako *namjenski prihodi i primici proračuna jesu pomoći, donacije, prihodi za posebne namjene, prihodi od prodaje ili zamjene imovine u vlasništvu države, odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, naknade s naslova osiguranja i namjenski primici od zaduživanja i prodaje dionica i udjela*. Prihodi od komunalne naknade ubrajaju se u prihode za posebne namjene, u smislu definicije dane u čl. 3. toč. 38. Zakona o proračunu, koji navodi: *prihodi za posebne namjene jesu prihodi čije je korištenje i namjena utvrđena posebnim propisima*. ZKG u svjetlu je navedene odredbe posebni propis koji uređuje namjenu i korištenje prihoda od komunalne naknade.

moгу utrošiti određene su u čl. 22. st. 1. ZKG-a. Tako se prihodima od komunalne naknade financira obavljanje (ne i razvoj!)²⁰ sljedećih komunalnih djelatnosti: 1) odvodnje atmosferskih voda, 2) održavanja čistoće u dijelu koji se odnosi na čišćenje javnih površina, 3) održavanja javnih površina, 4) održavanja nerazvrstanih cesta, 5) održavanja groblja i krematorija te 6) javne rasvjete²¹. Izmjenama ZKG-a iz 2001. godine uvedena je i mogućnost trošenja sredstava od komunalne naknade u dodatne svrhe - održavanje objekata školskog, zdravstvenog i socijalnog sadržaja, temeljem odluke predstavničkog tijela JLS-a²².

U tablici 1. prikazani su *supra* opisani osnovni elementi komunalne naknade kao javno-financijskog instrumenta u Republici Hrvatskoj.

Tablica 1.: osnovni elementi komunalne naknade u RH

Predmet	vlasništvo/korištenje nekretnine iz čl. 22. ZKG-a
Obveznik	vlasnik/korisnik nekretnine
Osnovica	korisna površina nekretnine (u m ²)
Stopa	apsolutni iznos: B x Kz x Kn*
Oslobođenja	prema odluci o komunalnoj naknadi
Pripadnost prihoda	proračunski prihod JLS-a na čijem se području nalazi nekretnina
Namjena trošenja prikupljenih sredstava	financiranje komunalnih djelatnosti iz čl. 22. st. 1. ZKG-a; prema odluci predstavničkog tijela JLS-a i: održavanje objekata školskog, zdravstvenog i socijalnog sadržaja

* B = vrijednost boda; Kz = koeficijent zone; Kn = koeficijent namjene

20 U ovom se radu neće detaljnije analizirati jedno od nesumnjivo ključnih pitanja komunalnog gospodarstva u RH - pitanje financiranja njegova razvoja, tj. građenja objekata komunalne infrastrukture. ZKG strogo odvaja sredstva za financiranje poslovanja komunalnog gospodarstva od sredstava kojima se financira njegov razvoj. Ako se radi o onim komunalnim djelatnostima čije se obavljanje financira prihodom od komunalne naknade, sukladno čl. 22. ZKG-a, građenje objekata i uređaja komunalne infrastrukture povezanih s istim djelatnostima financira se iz drugih izvora (komunalni doprinos, proračun JLS-a, naknada za koncesiju te drugi zakonom određeni izvori) sukladno čl. 30. ZKG-a. Za kritiku ovakvog pristupa vidi: Šimović, J., Rogić Lugiarić, T., *op. cit.*, u bilj. 13., str. 399.

21 Prema: čl. 22. st. 1. ZKG-a. Za detaljniji opis komunalnih djelatnosti čije se obavljanje financira prihodom od komunalne naknade vidi u: Gospodnetić, B., *Komunalni doprinos i komunalna naknada*, HGK – Sektor za trgovinu, Dvanaesti forum poslovanja nekretninama, 2007., dostupno na: hgk.biznet.hr/hgk/fileovi/11069.pdf, (12. prosinca 2013.), str. 125.-126.

22 Prema: čl. 28. st. 2. ZKG-a.

3. ANALIZA PRAVNE PRIRODE KOMUNALNE NAKNADE IZ TEORIJSKE PERSPEKTIVE

U prethodnom je dijelu rada ukratko izloženo pozitivnopravno uređenje komunalne naknade u Republici Hrvatskoj. Nastavno se analizira pravna priroda ovog javno-financijskog instrumenta s obzirom na osnovne nalaze teorije javnih financija. Čini se da je pritom osnovna dvojba u koju širu skupinu financijskih instrumenata valja ubrojiti komunalnu naknadu, u poreze ili u korisničke naknade.

Odgovor na postavljeno pitanje posebno je značajno u svjetlu financiranja JLS-a u Republici Hrvatskoj. Naime, svjetski trendovi u provođenju fiskalne decentralizacije, posebno izraženi u posljednjih 20-ak godina, pred lokalne razine vlasti nameću potrebu za iznalaženjem različitih izvora prihoda namijenjenih financiranju sve većeg broja javnih usluga.²³ S obzirom na nerijetko vrlo ograničenu poreznu autonomiju lokalnih jedinica, one iskazuju veću inicijativu za uvođenjem i primjenom nekih inovativnih instrumenata financiranja javnih usluga, gdje najvažnije mjesto pripada upravo raznim korisničkim naknadama.²⁴

U suvremenim fiskalnim sustavima nije nepoznato pogrešno imenovanje (*falsa in nominatio*) financijskih instrumenata, pogotovo onih koji iskazuju određena izvorna obilježja.²⁵ Tako se klasični financijski instrument kao što je porez može ubirati „pod imenom“ doprinosa, pristojbe ili naknade.²⁶ To može izazvati više problema, i pri donošenju budućih odluka o strukturi fiskalnog sustava, i pri reguliranju pravnih odnosa koji nastaju s obzirom na postojeće financijske instrumente. Stoga je nužno i komunalnu naknadu smjestiti u navedene teorijske okvire, posebno imajući u vidu kako se predloženi pravci reforme oporezivanja nekretnina u Republici Hrvatskoj izravno odnose i na ovaj financijski instrument.²⁷

23 „Od 1980-ih godina čak je 75 država implementiralo politiku decentralizacije kao način osiguranja učinkovitijeg pružanja javnih usluga i suočavanja s problemima siromaštva“ (UN-HABITAT (2009), *Guide to Municipal Finance*, Nairobi, United Nations, 2009., str. 14.). Autori Ebel i Yilmaz u svom radu naglašavaju kako se fiskalna decentralizacija provela ili se provodi u državama među kojima gotovo i ne postoji neki zajednički nazivnik, s obzirom na državno uređenje, politički sustav ili druge čimbenike koji su načelno bitni pri oblikovanju sustava javnih financija (prema: Ebel, R., Yilmaz, S., *Način mjerenja fiskalne decentralizacije i njezin utjecaj na makroekonomske pokazatelje*, u: Ott, K., Bajo, A., Pitarević, M., *Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj*, Institut za javne financije, Zagreb, str. 28.).

24 O problematici porezne autonomije nižih razina vlasti vidi: Arbutina, H., *Financijsko izravnanje*, u: Jelčić, B., et al., *op. cit.*, u bilj. 17., str. 649.-655.

25 Prema: Perić, R., *Treba li u sustav javnih prihoda uključiti nove oblike - stanje i perspektive*, u: Družić, G. (ur.), *Promjene u sustavu javnih prihoda: zbornik radova sa znanstvenog skupa održanog 27. ožujka 2003.*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2003., str. 239. Vidi i: Jelčić, B., *Pojam poreza*, u: Jelčić, B., et al., *op. cit.*, u bilj. 17., str. 83.

26 Vjerojatno je najaktualniji primjer iz hrvatskoga fiskalnog sustava, tzv. naknada za pružanje usluga u pokretnim elektroničkim komunikacijskim mrežama, koja je uvedena 2009. godine, a prestala se ubirati 2012. godine. Unatoč svome nazivu taj se financijski instrument može označiti „klasičnim“ porezom, čiji je predmet bio prihod ostvaren pružanjem točno određenih usluga u pokretnim elektroničkim komunikacijskim mrežama.

27 U skladu s prijedlogom koji je široj javnosti tijekom 2012. godine predstavilo Ministarstvo financija Republike Hrvatske, uvođenje novog poreza na nekretnine istovremeno bi značilo i

3.1. Teorijsko razlikovanje poreza i korisničkih naknada

Preciznu klasifikaciju javno-financijskih instrumenata u bitnome otežava izostanak jedinstvene općeprihvaćene definicije poreza u financijskoj teoriji. Većina teoretičara zastaje na kumulativnom navođenju osnovnih obilježja prema kojima se porezi razlikuju od drugih modaliteta prikupljanja javnih prihoda.²⁸ Prema Jelčiću najznačajnija obilježja koja moraju biti ispunjena da bi se neki financijski instrument mogao smatrati porezom su: derivativnost, nedestiniranost, prisilnost, odsutnost neposredne protunaknade za plaćeni porez, ubiranje u općem interesu te izvršavanje plaćanja u novcu.²⁹ U današnje se vrijeme kao *differentia specifica* poreza u odnosu na druge javno-financijske instrumente posebno ističe upravo izostanak neposredne protunaknade, odnosno nemogućnost vezivanja iznosa porezne obveze pojedine fizičke ili pravne osobe i koristi koje ta osoba (porezni obveznik) dobiva od usluga koje financira javna vlast. Tako i Hyman poreze pojednostavljeno određuje „obveznim davanjima koja ne uključuju nužno izravnu vezu s koristima od pruženih javnih dobara i usluga.“³⁰

S druge strane, prijepori su prisutni i kod pojmovnog određenja korisničkih naknada (engl. *user charges* ili *user fees*), odnosno pri identifikaciji njihovih distinktivnih obilježja u sustavu javnih prihoda. Autorica Jurlina-Alibegović navodi kako se radi o „plaćanjima za učinjene usluge ili nekapitalna dobra koje nisu industrijske prirode“.³¹ Prema Hymanu se radi o „cijenama određenima političkom, a ne tržišnom interakcijom“³² a Slack navodi kako je riječ o „nametu po jedinici

ukidanje komunalne naknade u hrvatskom fiskalnom sustavu. Detaljnije o ovomu vidi: Kesner-Škreb, M., *Prijedlog poreza na nekretnine – neka otvorena pitanja*, Institut za javne financije, Aktualni osvrt, br. 44./2012.

- 28 Ovakvo je stanje najbolje opisati riječima prof. Jelčića, korifeja hrvatske financijske znanosti: „Različito mjesto koje su porezi imali u prijašnjim razdobljima u odnosu na ono koje porezi imaju u financijskom sustavu pojedinih država danas, kao i različita uloga koja je tom financijskom instrumentu (bila) povjerena, onemogućavaju, odnosno znatno otežavaju da se dođe do definicije poreza koja bi se mogla bez pogovora prihvatiti - koja bi odrazila sličnosti i razlike vezane uz pojam poreza u različitim vremenima i sredinama u kojima su se primjenom tog financijskog instrumenta prikupljala sredstva i u kojima se i danas njegovom uporabom ubiru prihodi za podmirivanje državnih (javnih) potreba“ (Jelčić, B., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 29., str. 80.-81.).
- 29 Detaljnije o svakom od navedenih obilježja vidi: *ibid.*, str. 83.-93. Za potrebe daljnje analize u radu osobito je značajno kako „neka od tih obilježja (...) imaju apsolutni karakter (bez tih obilježja nema poreza), dok druga moraju postojati, ali nisu nužna da se pojedini oblik prikupljanja prihoda smatra porezom“ (*ibid.*, str. 83.).
- 30 Hyman, D., *Public Finance: A Contemporary Application of Theory to Policy*, 10. izd., South-Western Cengage Learning, Mason, 2011., str. 21.
- 31 Jurlina Alibegović, D., *et al.*, *Financiranje lokalne samouprave i uprave u Republici Hrvatskoj, Osnovna studija*, Ekonomski institut, Zagreb, 1997., str. 46. Autorica dalje navodi kako se korisničke naknade “(O)bično naplaćuju za električnu energiju, plin, vodovod, odvodnju, sakupljanje i zbrinjavanje otpada, za korištenje aerodroma, javnih knjižnica, parkova, rekreacijskih centara, za održavanje cesta i mostova, za zaštitu od požara i za još niz usluga” (*loc. cit.*).
- 32 Hyman, D., *op. cit.*, u bilj. 34., str. 754.

outputa³³. Neujednačenost ovih i drugih definicija korisničkih naknada uglavnom je posljedica vrlo heterogenih fiskalnih instrumenata koje se uobičajeno obuhvaća ovim širim pojmom. Stoga je svrsishodna sistematizacija i podjela korisničkih naknada na tri osnovne skupine: 1) pristojbe, 2) cijene javnih usluga i 3) porezi temeljem ostvarene posebne koristi.³⁴ Pristojbe su plaćanja za specifičnu uslugu javne vlasti isporučenu točno određenoj osobi (npr. plaćanje za izdavanje dozvole za pokretanje određene djelatnosti).³⁵ Stoga se mogu promatrati i kao naknada troškova javnog sektora koju snosi privatni sektor.³⁶ Cijene javnih usluga plaćaju točno određeni subjekti koji se koriste dobrima i uslugama koja imaju obilježja privatnih dobara, a koja isporučuje javna vlast (npr. cijena vode, cestarina i sl.).³⁷ Pritom je moguće točno izmjeriti potrošnju isporučenog dobra/usluge u odnosu na svakog subjekta te sukladno tomu i naplatiti odgovarajući novčani iznos. Konačno, porezi temeljem ostvarene posebne koristi (engl. *benefit taxes*) predstavljaju skupinu korisničkih naknada “drukčiju od pristojbi i cijena javnih usluga po tome što se ne izvode iz pružanja ili prodaje specifičnog dobra ili usluge točno određenom pojedincu”.³⁸ Radi se naime o obveznim davanjima koje plaćaju subjekti za koje se pretpostavlja da uživaju određene koristi od usluga javnih vlasti, iako je nemoguće točno odrediti korist za pojedinog subjekta.³⁹ Porezi na nekretnine koji se ubiru pri izgradnji određenog infrastrukturnog objekta i čija visina ovisi o porastu vrijednosti nekretnine primjer su ove kategorije korisničkih naknada.⁴⁰

Zajedničko konstitutivno obilježje svih navedenih korisničkih naknada sastoji u ostvarenju načela korisnosti (engl. *benefit principle*, njem. *Äquivalenzprinzip*), kao jednog od temeljnih pristupa oblikovanju sustava javnih prihoda. Ovo načelo zahtijeva da se teret financiranja javnih usluga raspodijeli sukladno koristima koje pojedini subjekti imaju od pružanja tih usluga.⁴¹ S obzirom da je za većinu javnih usluga koje se pružaju sa središnje razine državne vlasti nemoguće odrediti razinu koristi koju od njih imaju pojedinci, ili barem skupine pojedinaca, ovo se načelo ne primjenjuje pri oblikovanju javnih prihoda središnje države. Većina poreza, najvažnijih instrumenata

33 UN-HABITAT (2009.), *op. cit.*, u bilj. 27., str. 33.

34 Prema: *loc. cit.* Za primjer alternativne podjele vidi: Richardson, P., *The Growth of Federal User Charges*, Congress of the U.S., Congressional Budget Office, Washington, 1993., str. 3.

35 Prema: Bird, R., Tsiopoulos, T., *User Charges for Public Services: Potentials and Problems*, Canadian Tax Journal, vol. 45., br. 1., 1997., str. 39. Vidi i: Arbutina, H., *op. cit.*, u bilj. 28., str. 661.

36 Prema: UN-HABITAT (2009.), *op. cit.*, u bilj. 27., str. 33.

37 Prema: Bird, R., Tsiopoulos, T., *op. cit.*, u bilj. 39., str. 39.

38 Prema: UN-HABITAT (2009.), *op. cit.*, u bilj. 27., str. 33.

39 Prema: Duff, D., *Benefit Taxes and User Fees in Theory and Practice*, University of Toronto Law Journal, vol. 54., br. 4., 2004., str. 394.

40 U SAD-u je tako raširena primjena tzv. posebnih nameta (engl. *special assessment*), imovinskih poreza koji se temelje upravo na pretpostavljenim koristima vlasnika nekretnina od određenih javnih projekata. Vidi detaljnije u: Reynolds, L., *Taxes, Fees, Assessments, Dues, And The “Get What You Pay for” Model of Local Government*, Florida Law Review, vol. 56., br. 2., str. 397.-402.

41 Detaljnije o načelu korisnosti vidi: Šimović, J., *Načela porezne pravednosti i hrvatski porezni sustav*, Financijska praksa, vol. 18., br. 6., 1994., str. 568.; Hyman, D., *op. cit.*, str. 421.-422.

prikupljanja sredstava za financiranje javnih usluga koje pruža središnja država, stoga slijedi konkurentno načelo - načelo sposobnosti za plaćanje poreznih obveznika (engl. *ability to pay principle*; njem. *Leistungsfähigkeitsprinzip*).⁴² Primjerice, ako je dohodak fizičke osobe u nekoj državi prihvaćen kao pokazatelj sposobnosti za plaćanje, obveznici poreza na dohodak doprinosit će financiranju općih javnih usluga ovisno o vlastitoj sposobnosti za plaćanje, bez mogućnosti povezivanja plaćenog iznosa poreza i koristi koje su ostvarili od navedenih usluga. Važnu iznimku predstavlja porez (trošarina) na naftne derivate, čije se ubiranje može opravdati načelom korisnosti, ako se pođe od pretpostavke da potrošači koji snose teret ovog poreza uživaju i koristi od javno financirane prometne infrastrukture.⁴³

Načelo korisnosti zadržava važnu ulogu pri oblikovanju sustava financiranja javnih usluga na lokalnim razinama.⁴⁴ Polazeći od Oatesovog poučka o razlikovanju javnih dobara s obzirom na njihovu prostornu dimenziju,⁴⁵ lako je zaključiti kako je na lokalnim razinama mnogo lakše povezati koristi od lokalnih javnih dobara s određenim subjektima ili barem skupinama subjekata. Stoga mnogi porezni stručnjaci podupiru načelo korisnosti kao rukovodno načelo lokalnih javnih financija. U tako oblikovanom, tzv. poduzetničkom modelu financiranja lokalnih javnih usluga, glavni je ekonomski cilj lokalnih jedinica pružiti vlastitim rezidentima one usluge koje su spremni platiti.⁴⁶ Korisničke su naknade prepoznate kao temeljni financijski instrumenti za ostvarivanje ovog pristupa.

Teorijsku liniju razlikovanja između poreza i korisničkih naknada, međutim, nije jednostavno odrediti. Primjerice, nerijetka je pojava tzv. destiniranih poreza (engl. *earmarked taxes*), kod kojih je namjena trošenja prikupljenih prihoda unaprijed utvrđena, te su na taj način pogodni i za ostvarenje načela korisnosti.⁴⁷ Također se može postaviti pitanje pravilne klasifikacije *supra* opisane treće kategorije korisničkih naknada – poreza temeljem ostvarene posebne koristi. Zbog čega se ovi instrumenti financiranja javnih potreba ubrajaju u korisničke naknade, a ne u poreze? Barker ističe

42 Detaljnije o ovom načelu vidi: Šimović, J., *op. cit.*, u bilj. 45., str. 569.-573. Oporezivanje sukladno gospodarskoj snazi u mnogim državama ima značenje ustavnog načela. Za primjer može poslužiti čl. 51. Ustava Republike Hrvatske (NN br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10), koji određuje: “(S)vatko je dužan sudjelovati u podmirenju javnih troškova, u skladu sa svojim gospodarskim mogućnostima. Porezni se sustav temelji na načelima jednakosti i pravednosti.”

43 Prema: Hyman, D., *op. cit.*, u bilj. 34., str. 754.

44 Autori Šimović i Rogić Lugarić kao temeljna načela suvremenih javnih financija na lokalnim razinama ističu načelo podudarnosti i načelo korisnosti. „Ta je načela moguće razviti u tri pravila: (i) rashodi se moraju podudarati s prihodima; (ii) prihodne mogućnosti trebaju se podudarati s političkom odgovornošću; (iii) razina korisnosti treba se podudarati s pojedinim vrstama prihoda“ (Šimović, J., Rogić Lugarić, T., *op. cit.*, u bilj. 13., str. 390.).

45 O ovomu detaljnije vidi: Bajo, A., Jurlina Alibegović, D., *op. cit.*, u bilj. 1., str. 36.

46 Prema: Bird, R., *Financing Local Services: Patterns, Problems and Possibilities*, University of Toronto Press, Toronto, 1995., str. 44.

47 U hrvatskom fiskalnom sustavu tako možemo govoriti o destiniranosti trošarine na energente (motorne benzine i plinska ulja koja se koriste kao pogonska goriva). I to s obzirom na čl. 91. Zakona o cestama (NN br. 84/11, 22/13, 54/13), kojim je uređena, tzv. naknada za financiranje građenja i održavanja javnih cesta, koja predstavlja obvezu državnog proračuna prema Hrvatskim cestama kao izvanproračunskom korisniku.

dva temeljna razlikovna kriterija poreza i „ne - poreza“: važnost cilja javne politike koji se pojedinim instrumentom želi ostvariti i stupanj privatne koristi koja proizlazi iz trošenja prikupljenih prihoda. Sukladno tomu, što manje izravne koristi obveznik plaćanja nekog fiskalnog instrumenta ostvari te što je važniji javno-politički cilj tog instrumenta, to se u većoj mjeri ostvaruje bit poreza.⁴⁸

Stoga klasifikacija određenog javnog davanja kao poreza ili korisničke naknade nužno uključuje kretanje unutar kontinuuma, čije suprotne strane predstavljaju oni financijski instrumenti koji u potpunosti ostvaruju idealtipske osobine poreza i opće ciljeve oporezivanja te oni koji su strukturno oblikovani u skladu s načelom korisnosti, a služe užim javno-političkim ciljevima. Pritom valja naglasiti kako porezi općenito imaju tri temeljne funkcije (svrhe): 1) prikupljanje prihoda za financiranje javnih dobara i usluga, 2) redistribuciju dohotka i bogatstva ostvarenih djelovanjem tržišnih sila te 3) usmjeravanje ponašanja u socijalnoj i ekonomskoj sferi.⁴⁹ S druge strane, sve moguće funkcije korisničkih naknada podređene su onoj temeljnoj: ostvarivanju ekonomski učinkovitije alokacije resursa uslijed prevaljivanja troškova javnih dobara i usluga na one subjekte koji od njih imaju izravne koristi.⁵⁰

Postavlja se pitanje zašto je uopće važno neki javno-financijski instrument kategorizirati u jednu ili drugu *supra* opisanu kategoriju. Posebno se ističu dva aspekta. Prvo, iz perspektive nositelja fiskalne politike, napose na lokalnoj razini, važno je dobro razumijevanje i poznavanje osnovnih obilježja svih mogućih instrumenta financiranja javnih potreba. To je osnovni preduvjet za odabir one strukture fiskalnog sustava koja će omogućiti ostvarenje svih željenih ciljeva. Primjerice, izbor između poreza i korisničkih naknada mora prvenstveno biti vezan uz narav usluga, tj. dobara čije je pružanje u djelokrugu javnog sektora. Pritom temeljni zahtjev glasi: ona dobra koja iskazuju više obilježja čistih javnih dobara treba financirati lokalnim porezima, a ona dobra koja iskazuju više obilježja čistih privatnih dobara treba financirati korisničkim naknadama.⁵¹ Drugo, klasifikacija nekog financijskog instrumenta kao poreza može imati vrlo značajne pravne posljedice.⁵² Posebno ističemo kako u većini svjetskih država temeljni instituti pravne države postavljaju bitna ograničenja pred državnu moć nametanja i oblikovanja poreza te pružaju poreznim obveznicima širok instrumentarij zaštite njihovih prava u porezno-pravnom odnosu.⁵³ Primjenjuje li

48 Prema: Barker, W., *A Normative Approach to the Concept of Tax*, u: Peeters, B. (ur.), *The Concept of Tax*, IBFD, Amsterdam, 2006., str. 22.

49 Prema: Avi Jonah, R., *The Three Goals of Taxation*, *Tax Law Review*, vol. 60, br. 1., 2006, str. 3.

50 Prema: Bird, R., Tsiopoulos, T., *op. cit.*, u bilj. 39., str. 36.-37. Detaljnije o prednostima korisničkih naknada iz perspektive ekonomske učinkovitosti vidi: Duff, D., *op. cit.*, u bilj. 43., str. 396.-400.

51 Prema: Šimović, J., Rogić Lugarić, T., *op. cit.*, str. 391. Vidi i: Duff, D., *op. cit.*, u bilj. 43., str. 410.-411. Općenito o razlici između javnih i privatnih dobara, kao i njihovim podvrstama vidi: Šimović, J., *Javna dobra*, u: Jelčić, B., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 17., str. 670.-678.

52 Za kratak pregled mogućih pravnih posljedica klasifikacije nekog davanja kao poreza vidi: Thurony, V., *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2003., str. 46.-47., bilj. 5.

53 Vidi, detaljno, u: Lončarić-Horvat, O., *Oporezivanje u skladu s načelima pravne države*, u: Jelčić, B., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 17., str. 526.-554.; također i: Vanistaendel, F., *Legal Framework for Taxation*, u: Thurony, V. (ur.), *Tax Law Design and Drafting (vol. 1.)*, str. 15.-70.

se ustavni i zakonski okvir oporezivanja i na alternativne instrumente financiranja javnih potreba, poput korisničkih naknada? Odgovor na ovo pitanje valja tražiti komparativnom metodom, jer ovisi o pozitivnopravnom uređenju fiskalnog sustava u svakoj pojedinoj državi.⁵⁴

3.2. Pravna priroda komunalne naknade: porez ili korisnička naknada?

Rješavanje problema pravne prirode hrvatske komunalne naknade s teorijskog aspekta uključuje primjenu *supra* izloženih nalaza financijske teorije o razlikovanju poreza i korisničkih naknada na temeljna funkcionalna i strukturna obilježja komunalne naknade. Pritom valja naglasiti kako većina autora u sistematizaciji hrvatskoga fiskalnog sustava komunalnu naknadu ubrajaju u širu skupinu korisničkih naknada.⁵⁵ *Prima facie* shvaćanje komunalne naknade kao korisničke naknade valja, međutim, prihvatiti s oprezom, jer se čini kako je upravo ovaj javno-financijski instrument dobar primjer često nejasne granice između poreza i korisničkih naknada. Naime, ako se pođe od *supra* izložene podjele svih korisničkih naknada na tri glavne skupine, komunalnu naknadu može se ubrojiti jedino u skupinu, tzv. poreza temeljem ostvarene posebne koristi, koja je (*nomen est omen!*) po svojim obilježjima najbližnja klasičnim porezima.⁵⁶

Stoga prvo valja identificirati strukturna obilježja hrvatske komunalne naknade, u skladu s njezinim *de lege lata* normativnim okvirom te ih usporediti s bitnim obilježjima pojedine skupine javno-financijskih instrumenata.

Primjetno je kako komunalna naknada ne ostvaruje dva idealtipska obilježja klasičnih poreza: 1) obilježje nedestiniranosti i 2) izostanak neposredne protunaknade u vidu koristi koje porezni obveznik ima od usluga javnog sektora.⁵⁷ Prihodi prikupljeni komunalnom naknadom destiniрани su prihodi proračuna JLS jer je namjena njihova trošenja unaprijed utvrđena zakonom.⁵⁸ Obilježje destiniranosti, međutim, ne smatra se presudnim razlikovnim kriterijem poreza i drugih financijskih instrumenata na što upućuje i nerijetka primjena destiniраниh poreza.⁵⁹ Stoga se ključno strukturno obilježje prema kojemu se komunalna naknada u Republici Hrvatskoj razlikuje od idealtipskog modela poreza sastoji u njezinom potencijalu ostvarenja načela korisnosti. I to u smislu mogućnosti vezivanja obveze plaćanja komunalne naknade s pretpostavljenim posebnim koristima pruženih njezinim obveznicima obavljanjem određenih usluga javne vlasti (JLS-a).

54 Za primjer sveobuhvatnog komparativnog istraživanja pojma poreza, njegovih distinktivnih obilježja te temeljnih pravnih posljedica oporezivanja vidi: Peeters, B. (ur.), *op. cit.*, u bilj. 52., str. 17.-204. Analiza primjene općih instituta poreznog prava Republike Hrvatske na jedan specifični javno-financijski instrument, komunalnu naknadu, izložena je *infra* u poglavlju 4.

55 Vidi, primjerice, Perić, R., *op. cit.*, u bilj. 29., str. 239.

56 Posebno ističemo kako autor Arbutina sve korisničke naknade sistematizira u četiri skupine, gdje četvrtu skupinu čine upravo komunalne naknade kao naknade za one "vrste komunalnih troškova koje nije moguće individualizirati" (Arbutina, H., *op. cit.*, u bilj. 28., str. 661.).

57 O temeljnim obilježjima poreza vidi *supra*, poglavlje 3.1., bilj 32. i pripadajući tekst.

58 Vidi: *supra*, poglavlje 2.

59 Vidi: Jelčić, B., *Podjela poreza*, u: Jelčić, B., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 17., str. 107.-108.

Supra je izraženo stajalište kako klasifikacija određenog instrumenta kao poreza ili korisničke naknade u bitnome ovisi o stupnju izravnih koristi koje obveznik plaćanja nekog financijskog instrumenta ostvari od javnog sektora. S tog aspekta presudnim se čini pitanje predstavlja li, i u kojoj mjeri, iznos obveze komunalne naknade protunaknadu za dijapazon točno određenih komunalnih usluga koje pruža grad/općina, a od čijeg obavljanja obveznik ima koristi. Pri davanju odgovora za početak valja primijetiti kako je zajednički nazivnik komunalnih usluga koje se financiraju prihodima od komunalne naknade nemogućnost realne individualizacije njihovih troškova na pojedinačne korisnike.⁶⁰ To i jest temeljno razlikovno obilježje one podvrste korisničkih naknada (porezi temeljem ostvarene posebne koristi) u koju se komunalna naknada uobičajeno svrstava.⁶¹ Međutim, ispravnost takve klasifikacije ovisi o tomu koliko se dizajnom pojedinih elemenata komunalne naknade (obveznik, osnovica, stopa, oslobođenja) uspješno povezuje iznos obveze s izravnim koristima koje pojedini obveznik ima od komunalnih usluga iz čl. 22. st. 1. ZKG-a. Drugim riječima, ako je komunalna naknada doista korisnička naknada, njezini bi elementi trebali biti oblikovani tako da se što je više moguće slijedi načelo korisnosti, te bi konačni iznos obveze predstavljao aproksimaciju cijene onih komunalnih usluga čije je troškove nemoguće realno individualizirati.

Shvaćanje komunalne naknade kao korisničke naknade očito polazi od pretpostavke kako pružanje komunalnih usluga iz čl. 22. st. 1. ZKG-a rezultira određenim koristima za vlasnike ili korisnike nekretnina na području JLS-a, a viši iznosi obveze komunalne naknade koreliraju s većim pretpostavljenim koristima.⁶² Valjanost ove pretpostavke je upitna. Naime, i osobe koje nisu nužno vlasnici/korisnici nekretnina na području JLS-a mogu uživati koristi od javnih površina, javne rasvjete, javnih groblja i nerazvrstanih cesta. Nadalje, vrlo je dvojbeno postojanje veze između veće korisne površine nekretnine i većih koristi od navedenih usluga. Jednako tako, u nižim, atraktivnijim zonama JLS-a, napose većih gradova, u pravilu u potpunosti izostaju groblja, krematoriji i nerazvrstane ceste, a većim i uređenijim javnim površinama u tim zonama koriste se i osobe koji su vlasnici/korisnici nekretnina u drugim zonama, te nerezidenti. Konačno, izmjenama ZKG-a iz 2001. uvedena je mogućnost da JLS sredstva prikupljena od komunalne naknade koriste i za namjene različite od pružanja komunalnih usluga.⁶³ U slučaju korištenja

60 O kojim se točno uslugama radi vidi: *supra*, poglavlje 2., bilj. 25. i pripadajući tekst.

61 Vidi: *supra*, poglavlje 3.1., bilj. 42. i pripadajući tekst.

62 Primjerice, ako se uzmu u obzir čimbenici o kojima ovisi konačni iznos obveze, vlasnik/korisnik dviju nekretnina iste namjene (npr. stambeni prostor) i iste površine, ali smještenih u različitim zonama iste JLS (npr. jedna nekretnina smještena u središtu, a druga u rubnom dijelu grada) platit će viši iznos komunalne naknade za onu nekretninu koja se nalazi u atraktivnijoj, tj. nižoj zoni. Vlasnici/korisnici nekretnina u nižim zonama u pravilu mogu računati na veći standard nekih komunalnih usluga koje se financiraju prihodima od komunalne naknade (npr. javne površine, javna rasvjeta).

63 Vidi: *supra*, poglavlje 2.1., bilj. 26. i pripadajući tekst. Proračunska praksa JLS-a pokazuje ekstenzivno korištenje ove mogućnosti ako godišnji prihodi od komunalne naknade premašuju godišnje rashode za obavljanje djelatnosti iz čl. 22. st. 1. ZKG-a. S druge strane, nije rijetka niti suprotna pojava, gdje prihodi od komunalne naknade nisu dostatni za pokriće troškova obavljanja komunalnih djelatnosti koje se njima financiraju. Kao što je u ovom radu već

ove mogućnosti gotovo je nemoguće odrediti vidljivu vezu između iznosa obveze komunalne naknade i koristi od usluga održavanja objekata školskog, zdravstvenog i socijalnog sadržaja.⁶⁴ Dakle, polazeći od temeljnih strukturnih obilježja komunalne naknade teško je pronaći uvjerljive argumente u korist shvaćanja komunalne naknade kao korisničke naknade te ovaj javno-financijski instrument iskazuje obilježja vrlo slična lokalnom porezu na nekretnine.⁶⁵

Niti analiza funkcija komunalne naknade u hrvatskom fiskalnom sustavu ne pruža uvjerljive argumente za njezino teorijsko svrstavanje u kategoriju korisničkih naknada. Naime, *de lege lata* normativni dizajn komunalne naknade nepogodan je za ostvarenje primarne svrhe svih korisničkih naknada – postizanja ekonomski učinkovitije alokacije ograničenih resursa. To stoga što dobra/usluge koje se financiraju prihodima od komunalne naknade, primjerice javna rasvjeta ili održavanje javnih površina, iskazuju više obilježja javnosti, i bliža su čistim javnim, nego čistim privatnim dobrima.⁶⁶ To se kosi s temeljnim preduvjetom za primjenu klasične korisničke naknade ili poreza temeljem posebne koristi te postizanje veće ekonomske učinkovitosti postaje nemoguće.⁶⁷ S druge strane, komunalna naknada nepobitno ostvaruje fiskalnu funkciju, tj. funkciju financiranja dobara i usluga koje pruža javni sektor, koja je imanentna svakom porezu. Imajući u vidu da komunalne djelatnosti predstavljaju jednu od najvažnijih zadaća iz djelokruga hrvatskih JLS-a, prihodi prikupljeni komunalnom naknadom služe ostvarenju javno-političkih ciljeva od nezanemarljivog značaja.

Zaključujemo kako je, sa stajališta teorije javnih financija, komunalna naknada u Republici Hrvatskoj, i prema strukturnim obilježjima i prema temeljnim funkcijama čijem ostvarenju služi, u kontinuumu financijskih instrumenata bliža klasičnim porezima nego korisničkim naknadama. Stoga se može označiti i „skrivenim“ lokalnim porezom na nekretnine, što valja uzeti u obzir u neminovnim budućim raspravama

istaknuto, to može biti posljedica problema u naplati komunalne naknade. No, može se identificirati i problem fiskalnog oportunitizma u nekim JLS pri određivanju visine komunalne naknade. To je ujedno i jedan od temeljnih problema pri primjeni svih korisničkih naknada kao instrumenata javnog financiranja. O ovom detaljnije vidi: Arbutina, H., *op. cit.*, u bilj. 28., str. 662.-664.

64 To posebno vrijedi za pravne osobe, koje su obveznici komunalne naknade zbog vlasništva ili korištenja poslovnog prostora, kao i za fizičke osobe obveznike komunalne naknade koje prebivalište imaju u nekoj drugoj JLS. U tim je slučajevima nemoguće povezati iznos obveze komunalne naknade u onoj JLS na čijem se području nekretnina nalazi s koristima od objekata školskog, zdravstvenog i socijalnog sadržaja.

65 Vrijedi istaknuti i primjer iz SAD-a, gdje je Sud savezne države Washington u predmetu *Covell v. City of Seattle* odlučivao o pravnoj prirodi, tzv. naknade za uličnu infrastrukturu (engl. *street utility charge*), koju su uvele gradske vlasti Seattlea. S obzirom da su obveznici naknade bili vlasnici nekretnina, bez obzira jesu li u njima živjeli ili ne, te se nije mogla utvrditi izravna veza između naknade i pružene javne usluge, Sud je odlučio da se zapravo radi o „skrivenom“ porezu na nekretnine (prema: Spitzer, H., *Taxes vs. Fees: A Curious Confusion*, *Gonzaga Law Review*, vol. 38., br. 2., 2003., str. 353.-354.).

66 Autorica Slack u svojoj analizi ističe upravo javnu rasvjetu i lokalne parkove kao primjer dobara koje je primjerenije financirati imovinskim porezima, a ne korisničkim naknadama (prema: UN-HABITAT (2009), *op. cit.*, u bilj. 27., str. 19.).

67 Detaljnije o ovom vidi u: Duff, D., *op. cit.*, u bilj. 43., str. 410.-411.

oko reforme postojećih i uvođenja novih poreznih oblika u hrvatski porezni sustav.

4. KOMUNALNA NAKNADA I NORMATIVNO UREĐENJE HRVATSKOGA FISKALNOG SUSTAVA

U ovom se poglavlju analizira položaj komunalne naknade u pozitivnopravnom okviru hrvatskoga fiskalnog sustava. Iako bi normativno uređenje pojedinih javno-financijskih instrumenata trebalo polaziti od osnovnih nalaza financijske teorije te tako otkloniti i moguće nejasnoće i nepreciznosti u njihovoj primjeni, to često nije slučaj. Pogotovo je zanimljiva analiza u kojoj mjeri razvoj modaliteta financiranja javnih potreba, i na središnjoj i na lokalnim razinama, prate i odgovarajuće promjene normativnog okvira.

Analiza pravne prirode komunalne naknade iz perspektive teorije javnih financija izložena je *supra* (poglavlje 3.). Nastavno se istražuje normativni okvir njezinog ubiranja, i materijalnopравни i postupnovnopравни. Posebno se ukazuje i na nedoumice koje se javljaju u praksi utvrđivanja i naplate komunalne naknade, a koje se u dobrom dijelu mogu pripisati i neprepoznavanju temeljnih obilježja ovoga financijskog instrumenta.

4.1. O primjeni Općeg poreznog zakona na pravne odnose između obveznika komunalne naknade i nadležnih tijela JLS-a

Iz relevantnih odredbi ZKG-a, koje uređuju osnovne elemente komunalne naknade kao javno-financijskog instrumenta,⁶⁸ odnos između obveznika komunalne naknade i tijela JLS-a nadležnih za njezino utvrđivanje i naplatu pravni je odnos, koji nastaje *ex lege*, ispunjenjem zakonom predviđenih činjenica. Radi se o javnopravnom odnosu, s obzirom na pravni temelj njegovog nastanka (zakonska norma, a ne sporazum sudionika), poziciju jednog sudionika kao tijela javne vlasti i njegovu nadređenost drugom sudioniku odnosa te mogućnost identifikacije javnog interesa (financiranje komunalnih djelatnosti) koji se ovim odnosom ostvaruje.⁶⁹ S obzirom na relativno malen broj odredbi ZKG-a koji uređuje prava i obveze sudionika ovog odnosa,⁷⁰ postavlja se pitanje potrebe primjene drugih propisa pravnog sustava Republike Hrvatske. Za potrebe ovog rada posebno je zanimljivo u kojoj je mjeri u hrvatskom pravu prepoznata pravna priroda ovoga financijskog instrumenta te, posljedično, primjenjuju li se na navedene odnose propisi poreznog, odnosno (u širem

68 Vidi detaljnije: *supra*, poglavlje 2.

69 O kriterijima razlikovanja javnopravnih i privatnopravnih odnosa vidi detaljnije: (Padjen, I., *Javno i privatno pravo: transfer pravnih teorija*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 44, br. 3.-4., 2007., str. 448.-452.).

70 Odredbe materijalnopravnog značaja koje reguliraju obveze obveznika komunalne naknade, sadržane u ZKG-u, prikazane su *supra* u poglavlju 2. Kad se radi o posebnim postupovnim pravilima koja se odnose na postupanje nadležnih tijela JLS pri utvrđivanju i naplati komunalne naknade ZKG sadrži tek odredbe kojim se uređuju obvezni dijelovi rješenja o komunalnoj naknadi, rok za donošenje rješenja te stvarna nadležnost za odlučivanje o žalbi na prvostupanjsko rješenje. Vidi: čl. 23. st. 3. i 4. te čl. 23. st. 6. ZKG-a.

smislu) financijskog prava.

Zakon koji predstavlja zajedničku osnovu čitavoga hrvatskoga poreznog sustava jest Opći porezni zakon.⁷¹ Međutim, njegov su značaj i područje primjene puno širi. U skladu s odredbom čl. 1. OPZ-a, kojom se određuje obuhvat društvenih odnosa uređenih ovim propisom,⁷² taj se zakon primjenjuje i na pravne odnose između obveznika plaćanja drugih javnih davanja (a ne samo poreza) i onih tijela javne vlasti kojima su pozitivnim pravnim propisima u nadležnost dodijeljeni poslovi njihova utvrđivanja i naplate. Temeljem te odredbe potvrđen je značaj OPZ-a kao sistemskog zakona koji uređuje pravne odnose ne samo u području poreza, već širem području drugih javnih davanja.⁷³ OPZ detaljno uređuje i materijalnopravne i postupovnopravne aspekte ovih odnosa. Njegova je pravna narav dvojaka: istovremeno predstavlja *lex generalis* u odnosu na posebne propise o pojedinim vrstama poreza i drugih javnih davanja, ali i *lex specialis* u odnosu na Zakon o općem upravnom postupku,⁷⁴ sistemski zakon koji uređuje postupanje javnopravnih tijela u svim upravnim stvarima.⁷⁵ Postavlja se pitanje primjenjuje li se opisani pozitivno-pravni okvir i na odnose između obveznika komunalne naknade i nadležnih tijela JLS-a.

Pravilnoj primjeni OPZ-a svakako doprinosi zakonsko određenje pojmova „poreza“ i „drugog javnog davanja“, koje nalazimo u njegovom čl. 2. Tako su porezi definirani kao novčana davanja i prihod proračuna koji se koristi za podmirivanje proračunom utvrđenih javnih izdataka, uz dodatnu napomenu kako se porezi ne smatraju povremenim davanjima.⁷⁶ Pod pojmom drugih javnih davanja smatraju se carine, pristojbe, doprinosi, naknade za koncesije, novčane kazne za porezne prekršaje i sva davanja čije je utvrđivanje i/ili naplata i/ili nadzor prema propisima u nadležnosti poreznog tijela.⁷⁷ Nadalje, OPZ definira i pojedine oblike drugih javnih davanja.⁷⁸ Navedena zakonska dihotomija između poreza i drugih javnih davanja nema veći praktični značaj s obzirom na to da se sve odredbe OPZ-a koje se odnose na poreze na odgovarajući način primjenjuju i na druga javna davanja.⁷⁹ Dakle, svaka odredba OPZ-a koja sadrži riječ „porez“ odnosi se, za potrebe primjene tog zakona, ne samo

71 NN br. 147/08, 18/11, 78/12, 136/12, 73/13 (dalje: OPZ).

72 Prema: Arbutina, H., Rogić Lugarić, T., *Porezni postupak*, u: Šimović, J., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 11., str. 223.

73 Na neprecizan i dijelom pogriješan naziv samoga zakona (Opći porezni zakon) upućivali su, u više navrata, i autori poput Mijatovića, Lončarić-Horvat i dr. Prikladniji i potpuniji naziv zakona bio bi svakako istovjetan zakonu koji je bio „uzor“ radnoj skupini pri njegovu donošenju, a to je njemački Zakon o javnim davanjima (*Abgabenordnung*). Navedeni je nedostatak dijelom otklonjen odredbom, odnosno čl. 2. st. 8. „novog“ OPZ-a, donesenog 2008. godine, kojom se sva javna davanja smatraju porezima, za potrebe primjene OPZ-a (vidi: *infra*, bilj. 84. i pripadajući tekst).

74 NN br. 47/09 (dalje: ZUP).

75 Čl. 4. OPZ-a regulira odnos između njegovih odredbi i odredbi ZUP-a te navodi: *Ako ovim zakonom nije uređeno drugačije, na postupanje poreznih tijela primjenjuje se Zakon o općem upravnom postupku.*

76 Čl. 2. st. 2. OPZ-a.

77 Čl. 2. st. 3. OPZ-a. O pojmu poreznog tijela, u smislu OPZ-a, vidi: *infra*, bilj. 89.

78 Vidi: čl. 2. st. 4.-7. OPZ-a.

79 Čl. 2., st. 8. OPZ-a.

na poreze, kako su definirani u čl. 2. st. 2. OPZ-a, već i na puno širu skupinu drugih javno-financijskih instrumenata, obuhvaćenih zakonskom sintagmom „druga javna davanja“.

No, budući da OPZ ima i značenje općeg (*lex generalis*) propisa, od njegove se primjene mora odstupiti svaki put kada postoji posebni propis, koji pojedina pitanja uređuje drukčije. To je čest slučaj kad se radi o „drugim javnim davanjima“, s obzirom na njihove različitosti u odnosu na onu kategoriju javno-financijskih instrumenata čije je reguliranje prvenstvena namjena OPZ-a – poreze. Dobar primjer jest detaljno uređenje postupanja javnopravnih tijela u području doprinosa za socijalno osiguranje posebnim zakonom.⁸⁰ Kad se radi o komunalnoj naknadi, izostaje detaljno zakonsko uređenje odnosa između nadležnog javnopravnog tijela i obveznika. Dakle, primjena OPZ-a treba imati primarni značaj za pravno uređenje tog odnosa pod uvjetom da komunalnu naknadu možemo obuhvatiti pojmom „javna davanja“, u smislu čl. 2. OPZ-a. Tada pravni odnos između nadležnog tijela JLS-a i obveznika komunalne naknade ulazi u njegov predmetni obuhvat.

Analiza odredbi čl. 2. OPZ-a dovodi do zaključka kako je komunalnu naknadu moguće obuhvatiti jednako i zakonskim pojmom „poreza“, kao i pojmom „drugog javnog davanja“. Naime, komunalna naknada udovoljava svim obilježjima, koji su u skladu sa čl. 2. st. 2. OPZ-a potrebna da bi se određeni javno-financijski instrument smatrao porezom. Promatrano iz perspektive obveznika komunalne naknade (pravnih/ fizičkih osoba vlasnika/korisnika nekretnina) to je davanje u novcu koje su oni temeljem zakona obvezni platiti jedinicama javne vlasti (JLS-ima). Iz perspektive JLS-a ona predstavlja njihov proračunski prihod koji se koristi za podmirivanje proračunom utvrđenih javnih izdataka (izdaci za komunalne djelatnosti iz čl. 22. st. 2. ZKG-a dio su ukupnih proračunskih izdataka JLS-a). Dakako, zakonska definicija poreza iz čl. 2. st. 2. OPZ mora se podvesti kritici kao suviše neprecizna i preširoka. Zakonodavac očito nije uzeo u obzir sva ona obilježja koja su u teoriji javnih financija označena specifičnima za poreze kao najvažnije instrumente financiranja javnih potreba.⁸¹ Jasan zakonski kriterij razlikovanja između poreza i drugih javnih davanja, osim onih koji su izričito navedeni i definirani u čl. 2. st. 3.-7. OPZ-a (carine, doprinosi, pristojbe, naknade za koncesiju) nije propisan⁸². Posljedica toga jest da normativni pojam poreza nedvojbeno obuhvaća i komunalnu naknadu, što je u skladu sa zaključcima teorijske raščlambe njezine pravne prirode.

Čak i ako se uvaži jasna intencija zakonodavca za pojmovnim razlikovanjem onih javno-financijskih instrumenata koji se mogu označiti porezima (najčešće polazeći od samog naziva instrumenta) i svih drugih vrsta instrumenata (poput korisničkih naknada, koje OPZ izričito ne spominje), te pode od *supra* opovrgnute pretpostavke kako komunalna naknada nije porez,⁸³ i dalje je opravdana primjena OPZ-a na odnose između obveznika komunalne naknade i nadležnih tijela JLS-a. Naime, tada komunalnu naknadu valja označiti „drugim javnim davanjem“. To stoga

80 Zakon o doprinosima (NN br. 84/08, 152/08, 94/09, 18/11, 22/12, 144/12).

81 O ovomu detaljnije vidi: *supra*, poglavlje 3.1.

82 To, kako je *supra* navedeno, nije od većeg praktičnog značenja jer njegove odredbe valja jednako primijeniti i na poreze i na druga javna davanja.

83 O pravnoj prirodi komunalne naknade s teorijskog aspekta vidi *supra*, poglavlje 3.2.

što su posebnim propisom (ZKG-om) ovlasti za njezino utvrđivanje i naplatu dani u nadležnost tijela JLS-a, koje se u smislu čl. 3. OPZ-a, ima smatrati poreznim tijelom.⁸⁴ Pritom ističemo kako i zakonska definicija „drugog javnog davanja“ trpi ozbiljne prigovore, a niti sudska praksa nije dosad ponudila zadovoljavajuće tumačenje navedenog pojma.⁸⁵ To uvelike podriva pravnu sigurnost svih fizičkih i pravnih osoba na koje se odnose odredbe „šume“ propisa kojima su uređeni raznorazni nameti i davanja u Republici Hrvatskoj⁸⁶. Također uzrokuje probleme za ona tijela javne vlasti koji su te iste propise dužni provoditi u praksi, tj. na zakonit i pravilan način utvrditi obvezu i naplatiti javni prihod. Problemi su napose prisutni i predvidivi ako je riječ o javno-financijskim instrumentima s određenim izvornim obilježjima, poput različitih korisničkih naknada.

Nekoliko rješenja koje nalazimo u drugim propisima također idu u prilog teze kako se komunalna naknada mora smatrati javnim davanjem u smislu primjene OPZ-a. Prema čl. 5. st. 2. Zakona o financiranju vodnog gospodarstva⁸⁷ (dalje: ZFVG) vodne su naknade, kao osnovni instrumenti financiranja vodnog gospodarstva u Republici Hrvatskoj⁸⁸, javna davanja. Očita namjera zakonodavca da se na poslove utvrđivanja i naplate vodnih naknada primjenjuje OPZ potvrđena je u čl. 74. istog zakona, koji navodi kako se na zastaru obračuna i ovrhe vodnih naknada (osim naknada za zaštitu voda i naknade za razvoj, koje obračunavaju i naplaćuju isporučitelji vodnih usluga uz cijenu vodnih usluga) primjenjuje OPZ. Valja primijetiti kako većina vodnih naknada predstavljaju prihod Hrvatskih voda, javnog poduzeća u čijem su djelokrugu i poslovi obračuna i naplate većine vodnih naknada. Dakle, u tim slučajevima ne možemo govoriti o utvrđivanju i naplati davanja od strane poreznog tijela, u smislu

84 Prema čl. 3. OPZ-a *porezno tijelo jest tijelo državne uprave, tijelo jedinice područne (regionalne) samouprave ili tijelo jedinice lokalne samouprave u čijem su djelokrugu poslovi utvrđivanja, nadzora i naplate poreza*. Ako ovu odredbu tumačimo u skladu sa odredbom čl. 2. st. 8. OPZ-a, prema kojoj se sve odredbe OPZ-a koje se odnose na poreze, na odgovarajući način primjenjuju i na druga javna davanja, jasno je da se pojmom poreznog tijela mora obuhvatiti i ona tijela državne uprave te JLS-a u čijem je djelokrugu utvrđivanje/nadzor/naplata ne samo poreza, već i drugih javnih davanja, kako su pojmovno određeni u čl. 2. OPZ-a.

85 Ističemo kako je u jednoj presudi Upravnog suda u Rijeci (posl. br. 3 UsI-483/12-21 od 15. ožujka 2013.) utvrđeno da se komunalna naknada ima smatrati javnim davanjem, ali za potrebe primjene Zakona o upravljanju državnom imovinom (NN br. 145/10) čijim je čl. 16. st. 2. određeno kako je (bivša) Agencija za upravljanje državnom imovinom (AUDIO) oslobođena plaćanja svih poreza te drugih javnih davanja u odnosu na vlasništvo i upravljanje državnom imovinom. Nažalost, u presudi izostaje detaljnije obrazloženje navedenoga dijela presude, uključujući i primjenu metode sistemskog tumačenja, pozivanjem na relevantne odredbe OPZ-a. Valja istaknuti i kako je navedeni zakon prestao važiti 2013. godine, a novi Zakon o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske (NN br. 94/13) u svom čl. 19. izričito navodi kako su Republika Hrvatska i Državni ured za upravljanje državnom imovinom (DUUDI) oslobođeni plaćanja komunalne naknade.

86 Dovoljan je uvid u Registar neporeznih prihoda, klasifikaciju koju je izradilo Ministarstvo financija, u suradnji s Institutom za javne financije. Dostupno na: <http://www.mfin.hr/adminmax/docs/RNP080905.pdf> (13. prosinca 2013.).

87 NN br. 153/09, 90/11, 56/13.

88 O ovomu vidi detaljnije: Klemenčić, I., *Naknade za financiranje vodnog gospodarstva*, Porezni vjesnik, vol. 20., br. 6./2011., str. 82-87.

čl. 3. OPZ-a, te bi utemeljenost određenja ovih vodnih naknada kao javnih davanja otpala bez izričite zakonske norme koja ih takvima definira. U tom smislu, naročito zanimljivom ističemo odredbu čl. 17. st. 1. ZFVG-a, kojom su JLS-ima u nadležnost dodijeljeni poslovi naplate naknade za uređenje voda, prihoda Hrvatskih voda, i to za nekretnine na koje se obračunava i naplaćuje komunalna naknada prema ZKG-u.⁸⁹ Kad se komunalna naknada ne bi smatrala javnim davanjem u smislu OPZ-a, moglo bi se govoriti o apsurdnoj situaciji u kojoj JLS paralelno naplaćuju komunalnu naknadu, njihov vlastiti proračunski prihod, ali ne i javno davanje, te naknadu za uređenje voda, prihod Hrvatskih voda, koje se sukladno čl. 5. st. 3. ZFVG-a, ima smatrati javnim davanjem.⁹⁰ Dodatan argument u prilog shvaćanja komunalne naknade kao javnog davanja u smislu OPZ-a može se naći u primjeni Zakona o naplati poreznog duga fizičkih osoba.⁹¹ Ovim se zakonom u uvjetima izrazite nelikvidnosti i problema u naplati potraživanja od strane jedinica javne vlasti, fizičkim osobama dužnicima pokušava dati mogućnost lakše otplate poreznog duga. U čl. 2. ZNPD-a definiran je pojam poreznog duga i to u skladu sa terminologijom prihvaćenom u OPZ-u.⁹² Hrvatski gradovi i općine primjenjuju odredbe ovog zakona i kad se radi o dugu nastalog na temelju komunalne naknade.⁹³

Iz prethodne analize jasno proizlazi da na odnose između nadležnih tijela JLS-a i obveznika komunalne naknade na odgovarajući način valja primjenjivati pravila OPZ-a. Komunalna naknada u potpunosti ispunjava normativna obilježja poreza. Čak i u slučaju daljnjeg razvoja restriktivnog tumačenja pojma poreza, ovaj se javno-financijski instrument nepobitno može ubrojiti među „druga javna davanja“. Sukladno tomu, međusobna prava i obveze obveznika komunalne naknade i nadležnog tijela JLS treba razmatrati u svjetlu onih odredbi OPZ-a kojima se reguliraju porezno-pravni i porezno-dužnički odnos.⁹⁴

4.2. Uzroci neprepoznavanja temeljnih obilježja komunalne naknade u postupku njezina utvrđivanja i naplate

Obveza plaćanja komunalne naknade utvrđuje se rješenjem o komunalnoj naknadi. Postupak donošenja rješenja o komunalnoj naknadi upravni je postupak,

89 Za kritike ovakvog rješenja vidi: Udruga gradova u Republici Hrvatskoj, *Preporuke za izmjene i poboljšanje normativnog okvira lokalne samouprave*, 2011., dostupno na: <http://www.udruga-gradova.hr/wordpress/wp-content/uploads/2013/09/Normativne-preporuke.pdf> (21. studenog 2013.), str. 36.

90 Posebno je zanimljivo što se, promatrano s teorijskog aspekta, vodne naknade u Republici Hrvatskoj mogu označiti korisničkim naknadama.

91 NN br. 55/13 (dalje: ZNPD).

92 Čl. 2. st. 1. ZNPD-a određuje: *Porezni dug u smislu ovoga Zakona jest dospjeli nenaplaćeni, odnosno neplaćeni porezni dug nastao s osnove poreza, doprinosa i drugih javnih davanja čije je utvrđivanje i/ili naplata i/ili nadzor prema posebnim propisima u nadležnosti poreznog tijela, osim doprinosa za mirovinsko osiguranje za starost na temelju individualizirane štednje.*

93 Vidi npr. obrasce zahtjeva za otpisom poreznog duga po osnovi kamata Grada Opatije (dostupno na: <http://www.opatija.hr/hr/obrasci/odgoda-placanja-i-otpis-duga/> (1. prosinca 2013.)).

94 O pojmovima poreznopravnog i poreznodužničkog odnosa vidi: Lončarić Horvat., O., *op. cit.*, u bilj. 57., str. 544.-554.

u skladu s njegovim čl. 1. i 2 ZUP-a. Naime, nadležno javnopravno tijelo (upravno tijelo JLS u čijem su djelokrugu poslovi komunalnoga gospodarstva), neposredno primjenjujući zakon (ZKG) i opći akt predstavničkoga tijela JLS-a (odluku o komunalnoj naknadi) odlučuje o pojedinačnim pravima i obvezama. Rješenje o komunalnoj naknadi upravni je akt kojim se rješava upravna stvar utvrđivanja komunalne naknade. Većina rješenja u svojoj izreci sadrži obvezu uplate točno određenog iznosa na ime komunalne naknade u proračun JLS-a. No, rješenje se donosi i ako pravna i fizička osoba koja je prema ZKG-u obveznik komunalne naknade, ima pravo na oslobođenje (privremeno, potpuno ili djelomično) od plaćanja, sukladno odluci o komunalnoj naknadi.⁹⁵

Svaki upravni postupak sastoji se od tri glavne faze – pokretanje postupka, utvrđivanje činjeničnog stanja, meritorno rješavanje,⁹⁶ a koje su detaljno uređene pravilima samog ZUP-a. Uz navedene može se identificirati i faza izvršenja, prisilnog uspostavljanja stvarnog stanja u skladu sa izrekom donesenog rješenja, koja nastupa tek ako stranka kojoj se rješenjem nameće neka obveza ne postupi u skladu s izrekom rješenja, a izvršenje te obveze je u javnom interesu.⁹⁷ Kad se radi o rješenju o komunalnoj naknadi, faza izvršenja nastupa onda kada obveznik ne ispuni svoju novčanu obvezu prema proračunu JLS na način i u roku kako je to određeno u izreci rješenja⁹⁸ te se sastoji u prisilnoj naplati duga po osnovi komunalne naknade.

Primjena ZUP-a kao osnovnog izvora postupovnih pravila u postupku utvrđivanja komunalne naknade te eventualnog izvršenja rješenja o komunalnoj naknadi, u praksi nije dvojbena. Međutim, ZUP je po svojoj prirodi opći zakon koji se primjenjuje u svim upravnim postupcima, ako posebnim zakonom u pojedinim upravnim područjima neka pitanja nisu drukčije uređena.⁹⁹ Sukladno načelu *lex specialis derogat legi generali*, pri utvrđivanju i naplati komunalne naknade treba prepoznati potrebu za primjenom OPZ-a, zakona koji uređuje posebni upravni postupak u svezi s utvrđivanjem i naplatom poreza i drugih javnih davanja.

Izuzimanje od primjene pravila OPZ-a tijekom postupka utvrđivanja komunalne naknade *de lege lata* nema opravdanja. Međutim, u upravnosudskoj praksi ovo je stajalište više puta demantirano, i to bez posebnog obrazloženja,¹⁰⁰ što samo dodatno potiče stvaranje vrtloga nejasnoća u provedbi ovog postupka od strane nadležnih tijela JLS-a.

Čini se da je korijen navedenih dvojbi odredba čl. 23. st. 5. ZKG-a, koja upućuje na primjenu propisa o prisilnoj naplati poreza na dohodak, odnosno poreza na dobit

95 Prema: čl. 23. st. 4. ZKG-a.

96 Prema: Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010., str. 109.

97 O ovome detaljnije vidi: *ibid.*, str. 305.-323.

98 Nužna pretpostavka za postupak izvršenja svakoga rješenja, prema čl. 133. ZUP-a, jest da je to rješenje steklo svojstvo izvršnosti. Detaljnije o izvršnosti rješenja vidi: Turčić, Z., *Komentar Zakona o općem upravnom postupku: s komentarima, priložima i abecednim kazalom pojmova; Zakon o upravnim sporovima: s priložima i abecednim kazalima pojmova*, 2. dop. izd., Organizator, Zagreb, 2011., str. 261.-264.

99 Prema: čl. 3., st. 1. ZUP-a. Detaljnije o supsidijarnoj primjeni ZUP-a vidi: *ibid.*, str. 6.-8.

100 Vidi npr. presuda Upravnog suda u Rijeci, posl. br. Usl-310/12-22 od 5. ožujka 2013.; presuda Visokog upravnog suda RH, posl. br. Us-12075/2010-4 od 4. srpnja 2012.

prilikom izvršenja rješenja o komunalnoj naknadi.¹⁰¹ Očigledno se radi o atavizmu izvornog teksta ZKG-a iz 1995. godine, kada OPZ kao temeljni izvor općeg poreznog prava u našem pravnom sustavu još nije bio niti donesen. Nakon donošenja prvog OPZ-a iz 2000. godine, kojim je detaljno uređen postupak utvrđivanja i naplate svih javnih davanja (a ne samo poreza), trebalo je pristupiti ili brisanju ili izmjeni navedene odredbe ZKG-a, tako da se izričito uputi na primjenu OPZ-a i tijekom ostvarenja zakonom utvrđenog prava na utvrđivanje komunalne naknade kao i prava na naplatu komunalne naknade. Drugim riječima, odredba koja bi izriječno upućivala na primjenu OPZ-a u predmetnom posebnom upravnom postupku čiji su dijelovi postupak utvrđivanja (uvjetno rečeno obračuna) i postupak naplate komunalne naknade bila bi veliki doprinos neophodnoj pravnoj sigurnosti. Time bi se zajamčila horizontalna usklađenost ovih dvaju zakona, ojačala pravna sigurnost obveznika, te ujedno hrvatskim općinama i gradovima pružio neophodan, jači pravni instrumentarij u postupku prikupljanja jednog od njihovih najizdašnijih proračunskih prihoda.¹⁰²

Osnovni je ekonomski učinak ubiranja i poreza i drugih javnih davanja umanjeње gospodarske snage određene fizičke ili pravne osobe te ekvivalentno uvećanje gospodarske snage države.¹⁰³ Već sama ta činjenica upućuje na potrebu da se u pravnoj državi detaljno urede javnopravni odnosi u tom području. Hrvatski je zakonodavac izgradio okvir prikupljanja poreza i drugih javno-financijskih instrumenata u skladu s načelima pravne države, a OPZ se može smatrati jednim od njegovih osnovnih uporišta. Donošenjem OPZ-a znatno se unaprijedila pravna sigurnost u ovom području, s obzirom na to da porezni obveznici i obveznici svih drugih javnih davanja mogu računati na, u bitnome, jednoobrazno postupanje javnopravnih tijela pri utvrđivanju i naplati njihove obveze.

Stoga bi zakonodavac trebao težiti otklanjanju svih dvojbi i nejasnoća koje su napose predvidive kod onih javno-financijskih instrumenata koji nisu izričito spomenuti u OPZ-u, a obilježavaju ih neka specifična obilježja, poput različitih korisničkih naknada. Pritom bi „normativna praksa trebala uvažavati terminološke odnosno pojmovne distinkcije za sve fiskalne prihode, pa tako i za naknade“.¹⁰⁴ Komunalna naknada u tom smislu primjer je u kojoj mjeri manjkavi normativni okvir može biti uzrokom praktičnih problema, i za javnopravna tijela i za njezine obveznike. Tim više što je ovaj financijski instrument po svojoj pravnoj prirodi bliži

101 Pravila o prisilnoj naplati svih poreza, uključujući i porez na dohodak i porez na dobit, od 2000. godine nalazimo u jednom propisu, OPZ-u, točnije u njegovoj glavi VI. (*Ovršni postupak*). Naime, prvi je OPZ donesen krajem 2000. godine (NN br. 127/00) s početkom važenja od 1. siječnja 2001. Zakonodavac je usporedno donio i nove zakonske tekstove Zakona o porezu na dohodak i Zakona o porezu na dobit, na način da se iz njih izbacuju dotad važeće postupovne odredbe, te se na postupak utvrđivanja i naplate ovih poreza nadalje primjenjuju odredbe OPZ-a.

102 Posebno ističemo kako je i Udruga gradova još 2011. godine istaknula jednu od preporuka izmjene normativnog okvira lokalne samouprave u Republici Hrvatskoj, a koja se odnosi na potrebu primjene OPZ-a u postupku utvrđivanja i naplate komunalne naknade. Vidi detaljnije: (Udruga gradova u Republici Hrvatskoj, *op. cit.*, str. 44.-45.).

103 Ovdje se misli na državu u širem smislu, tj. terminologijom hrvatskoga financijskog prava opću državu, koja uključuje i JLRS te izvanproračunske fondove.

104 Perić, R., *op. cit.*, u bilj. 29., str. 240.

klasičnim porezima no korisničkim naknadama. Kako bi otklonili neadekvatan, ali u praksi prisutan pristup temeljen na uskoj pravnoj logici, potreban je zahvat u odredbe OPZ-a u dijelu koji uređuje predmetni obuhvat toga propisa izričitim obuhvatom i korisničkih naknada, uz njihovo pojmovno određenje. Time će se otkloniti potreba daljnjih tumačenja i nepotreban element pravne nesigurnosti obveznika različitih javnih davanja, ali i jedan od uzroka opadajućega fiskalnog kapaciteta JLS-a.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Pluralistički normativni okvir fiskalnih instrumenata nameće potrebu definiranja svrhe i cilja koji se želi ostvariti svakim od tih instrumenata. Unutar tog okvira na nižim je razinama vlasti posebno važno odrediti kojim će se instrumentima učinkovitije ostvariti postavljeni ciljevi. Tako je u teoriji utvrđeno, a u praksi potvrđeno, kako su za financiranje specifičnih potreba građana prikladniji posebni, neporezni instrumenti, kao što su unutar skupine korisničkih naknada, tzv. porezi temeljeni na načelu korisnosti. S druge strane, „opći“ porezi poput poreza na dodanu vrijednost, poreza na dohodak ili poreza na dobit favoriziraju se u prikupljanju prihoda za financiranje onih javnih potreba i troškova koji iskazuju veći stupanj općenitosti.¹⁰⁵ Ovakva razmatranja, alternative i argumentacije posebno su izraženi u sferi lokalnih financija gdje je u nadležnosti lokalnih vlasti pružanje specifičnih usluga kod kojih je moguće ostvariti odnose s korisnicima istih usluga u skladu s načelom korisnosti. Drugim riječima, lokalna vlast pružajući usluge svojim korisnicima i rezidentima može i treba očekivati da oni uslugu plate jer su ostvarili određenu korist. Naravno da je radi financiranja takvih aktivnosti lokalnih vlasti moguće i nametnuti porez, ali tada se gubi poželjna, a na ovoj razini vlasti i ostvariva, veza između plaćanja naknade i usluge koja je pružena obvezniku. Dakle, financiranjem javnih usluga korisničkim naknadama omogućuje se ostvarenje ne samo fiskalnog cilja, prikupljanja sredstava potrebnih za pružanje javnih usluga, već i uspostavljanje navedene poveznice, koja je temelj i izvor iznimno važnih podataka: koja vrsta, količina i kvaliteta usluga je potrebna te tko su njihovi korisnici.

Čini se da je potreba za ovakvim modelom financiranja lokalnih usluga, bar u određenoj mjeri, prepoznata i u Republici Hrvatskoj. Naime, među izvorima prihoda hrvatskih JLS-a nalazimo one financijske instrumente koji se nedvojbeno mogu označiti korisničkim naknadama, poput cijena komunalnih usluga ili lokalnih pristojbi.¹⁰⁶ Međutim, komunalnu je naknadu, kao jedan od najvažnijih instrumenata financiranja lokalnih javnih potreba u Republici Hrvatskoj, teoretski ispravnije ubrojiti u poreze, no u korisničke naknade. To stoga što se analizom dizajna njezinih pojedinih elemenata (obveznik, osnovica, stopa, oslobođenja) ne može doći do zaključka o postojanju čvrste povezanosti između novčanog iznosa obveze komunalne

105 Prema: Duff, D., *Tax Fairness and Tax Mix*, Foundation for Law, Justice and Society, 2008., dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1457983 (2. studenog 2013.), str. 8.

106 Vidi detaljno o cijeni komunalnih usluga: Šimović, J., Rogić Lugarić, T., *op. cit.*, u bilj. 13., str. 389.-412.

naknade i izravnih koristi koje nastaju za pojedinog obveznika. Također, javna dobra koja se financiraju prihodima od komunalne naknade s teorijskog su aspekta bliža čistim javnim, nego čistim privatnim dobrima, što *a priori* otklanja realnu mogućnost njihovog financiranja korisničkim naknadama. Sukladno tomu, komunalnu je naknadu u RH moguće okvalificirati specifičnim imovinskim porezom što je vrlo značajno u svjetlu još uvijek aktualnih prijedloga o reformi sustava financiranja lokalnih jedinica vlasti, gdje bi jedan od oslonaca trebao biti porez na nekretnine. Dakle, uvođenje ovoga novog poreza istovremeno bi trebalo značiti i ukidanje komunalne naknade u hrvatskom fiskalnom sustavu te ispravnu prekvalifikaciju naziva javno-financijskog instrumenta čiji je objekt vlasništvo/korištenje nekretnina.

No, prije detaljnije rasprave i eventualnog stupanja na snagu predloženih izmjena oporezivanja nekretnina u Republici Hrvatskoj valja imati u vidu konfuziju i nedoumice koje nadležna javnopravna tijela imaju pri utvrđivanju i naplati komunalne naknade. Ove pojave imaju negativan učinak i na fiskalni kapacitet JLS-a i na pravnu sigurnost fizičkih i pravnih osoba obveznika komunalne naknade. Naime, evidentno je kako u praksi javnopravnih tijela i nadležnih sudova nisu u dovoljnoj mjeri prepoznata njezina temeljna obilježja. Na takav zaključak nedvojbeno upućuje izostanak svijesti o potrebi primjene OPZ-a u svim fazama postupka utvrđivanja i naplate komunalne naknade.

OPZ, čija je prva verzija donesena 2000. godine, predstavlja osnovu jedinstvenog normativnog okvira kada je riječ o svim porezima i drugim javno-financijskim instrumentima u Republici Hrvatskoj.¹⁰⁷ Postojanje novog normativnog okvira, dotad nepoznatoga u području ubiranja javnih prihoda, trebalo je potaknuti promjene i u postupcima ubiranja komunalne naknade. OPZ predstavlja *sedes materiae* za provedbu svih postupaka koji se vode povodom javnih prihoda, pretpostavljajući svakako primjenu *lex specialisa*, u predmetnoj situaciji ZKG-a. Drugim riječima, prihvaćajući promjene kojima je komunalna naknada u nekoliko desetljeća bila izložena, treba svakako uočiti i potrebu promjene praksa javnopravnih tijela nadležnih za utvrđivanja i naplatu komunalne naknade, kao i sudske prakse. U tom smislu, u jedinstvenom upravnom postupku povodom utvrđivanja i naplate komunalne naknade valjalo bi se založiti za nedvojbenu i jasnu strukturu i primjenu pozitivnopravnog okvira kako slijedi: 1) primjena specijalnog propisa (ZKG), 2) primjena OPZ-a te 3) primjena općeg postupovnog propisa – ZUP-a.

Iako razboritost u ovom slučaju upućuje na kritiku prakse sklone u dijelu i iracionalnim kompromisima svakako da nije oportuno pozivati se na moralne imperativne, načela ili apstraktne teorije i argumente. Pitanja decentralizacije do novijeg su datuma često obuhvaćala tematiku restrukturiranja javnih rashoda i smanjenja fiskalnih deficita, no uz uvijek prisutne zahtjeve za većom lokalnom autonomijom. Iako je i danas fokus na istome, valjalo je razmotriti probleme fiskalnih vlasti nižih razina te usmjeriti napore k pravilnom strukturiranju i definiranju poželjnih modela financiranja javnih potreba, a unutar njih i pojedinih instrumenata. Neophodnim se čini iznalaženje učinkovitijih modaliteta prikupljanja prihoda većim brojem instrumenata, a napose problematizirane - komunalne naknade kao jednog oblika imovinskog

107 Vidi: *supra*, poglavlje 4.1.

poreza. U budućoj i neophodnoj reviziji izvora prihoda lokalnih vlasti i zakonskog okvira prikupljanja istih *supra* navedeno potvrđuje pozitivno stajalište spram procjene potencijala za uvođenje najavljenog oporezivanja nekretnina.

U navedenom je rasponu moguće ponuditi rješenje, radi ostvarenja principijelne vladavine prava, promjenom pozitivnopravnog okvira. I to, kako je *supra* predloženo, izričitim prepoznavanjem komunalne naknade kao poreza, ali i navođenjem korisničkih naknada u predmet obuhvata općeg zakona o javnim davanjima, OPZ-a. Dakle, respektirajući povijesnost nekih instituta i postupanja zalažemo se za njihovu prilagodbu putem umjerene reforme dijela pozitivnopravnog okvira predloženom promjenom tematiziranoga dominantnoga instrumenata u sustavu financiranja lokalne samouprave.

Summary

EXAMINATION OF THE CROATIAN UTILITY CHARGE IN THE LIGHT OF THEORETICAL AND NORMATIVE CONCEPTS OF PUBLIC FINANCE LAW

Authors of the paper examine basic features of the utility charge, which is one specific public revenue instrument in Croatia. They open with a discussion about the legal nature of the utility charge, from the public finance perspective. It is inferred that, with regard to the whole continuum of public revenue instruments, the utility charge is more similar to “general” taxes than user charges. Subsequently, authors explore the extent to which this is recognized within the normative framework of Croatian fiscal system, particularly considering the provisions of the General Tax Act. It is argued that the weaknesses and ambiguities of normative framework give rise to the existing shortfalls in the assessment and collection of utility charge revenues. That has to be taken into account in the future debates about alternative techniques of public financing, especially those relating to the local government. Against this background, main findings of the paper can prove to be valuable for the fiscal policymakers.

Keywords: *utility charge, local public finance, taxes, user charges, Croatian fiscal system, General Tax Act.*

Zusammenfassung

KOMMUNALABGABE IN DER REPUBLIK KROATIEN UND IHRE POSITIONIERUNG IN BEZUG AUF THEORETISCHE UND NORMATIVE KONZEPTE DES FINANZRECHTES

In dieser Arbeit analysieren die Autoren die Grundmerkmale der Kommunalabgabe als eines der Instrumente der Einziehung von öffentlichen Einnahmen in der Republik Kroatien. Ausgehend von den Grundergebnissen der Theorie über die öffentlichen Finanzen wird zuerst versucht, die Frage über die Rechtsnatur der Kommunalabgabe zu beantworten. Nach der Schlussfolgerung, dass innerhalb des Kontinuums von öffentlichen Mitteln die Kommunalabgabe ähnlicher der klassischen Steuern als den Nutzergebühren ist, wird erforscht, in welchem Maße das im normativen Rahmen des kroatischen Fiskalsystems, wessen Hauptstütze das Allgemeine Steuergesetz ist, anerkannt wird. Gerade in Mängeln und Unklarheiten des normativen Rahmens stellen die Autoren eine der Ursachen von Unzufriedenheit

bei der Feststellung und Einziehung der Kommunalabgabe fest, was man bei den zukünftigen Besprechungen über alternative Quellen der öffentlichen Finanzierung, insbesondere auf lokaler Ebene der Gewalt, in Betracht ziehen muss. In diesem Sinne können sich die Grundbefunde der Analyse aus dieser Arbeit als nutzbar für fiskalpolitische Akteure in der Republik Kroatien ergeben.

Schlüsselwörter: *Kommunalabgabe, Finanzierung von Einheiten der lokalen Gewalt, Steuer, Nutzergebühr, kroatisches Fiskalsystem, Allgemeines Steuergesetz.*

Riassunto

LA TASSA SUI SERVIZI COMUNALI NELLA REPUBBLICA DI CROAZIA ED IL SUO POSIZIONAMENTO RISPETTO ALLA CONCEZIONE TEORICA E NORMATIVA DEL DIRITTO TRIBUTARIO

Nel presente lavoro gli autori analizzano le caratteristiche di base della tassa sui servizi comunali, quale strumento di raccolta di entrate pubbliche nella Repubblica di Croazia. In primo luogo, partendo da considerazioni di base concernenti la teoria delle finanze pubbliche, si tenta di rispondere all'interrogativo circa la natura giuridica della tassa sui servizi comunali. Una volta giunti alla conclusione che all'interno della continuità degli strumenti di finanza pubblica la tassa sui servizi comunali sia più simile ad un classico tributo che ad un rimborso dell'utente per i servizi erogati, s'indaga fino che punto ciò sia riconosciuto nel quadro normativo del sistema fiscale croato, il cui fondamento è rappresentato dalla Legge fiscale generale. E' proprio nelle debolezze e nelle lacune del quadro normativo che gli autori individuano una delle ragioni dell'attuale insoddisfacente stato concernente l'accertamento e l'esazione della tassa sui servizi comunali; un tanto va preso in considerazione nelle future diatribe circa eventuali fonti alternative di finanziamento dei bisogni pubblici, in ispecie sul piano delle autorità locali. In tale senso gli esiti di base dell'indagine derivante dal presente contributo possono essere utili anche per chi guida la politica fiscale nella Repubblica di Croazia.

Parole chiave: *tassa sui servizi comunali, finanziamento degli enti locali del governo, tassa, rimborso per l'utilizzo, sistema fiscale croato, Legge fiscale generale.*

NOVO POSEBNO UREĐENJE ZATEZNIH KAMATA – SPECIFIČNOSTI, POLJE PRIMJENE I USKLAĐENOST S PRAVNOM STEČEVINOM EUROPSKE UNIJE

Ivan Tot, mag. iur., univ. spec. oec., asistent
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 336.78(4:497.5)EU
Ur.: 19. veljače 2014.
Pr.: 20. ožujka 2014.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

*Predmet rada je uređenje zatezних kamata odredbama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (ZFPPN) koje se od lipnja 2013. godine primjenjuje uz opće uređenje zatezних kamata sadržano u Zakonu o obveznim odnosima (ZOO). Odredbe ZFPPN-a o zatezним kamatama analiziraju se u poredbi s odredbama ZOO-a o zatezним kamatama, utvrđuje se polje primjene odredaba ZFPPN-a te se međusobno razgraničavaju odnosi na koje će se primijeniti opći pravni režim za zatezne kamate predviđen odredbama ZOO-a od onih na koje će se primijeniti odredbe ZFPPN-a kao *lex specialis*. Jedan od ciljeva rada je utvrditi koje je od konkurirajućih pravnih uređenja zatezних kamata povoljnije za vjerovnike novčanih obveza, a drugi je ocijeniti jesu li odredbe ZFPPN-a u skladu sa zahtjevima Direktive 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima zbog čijeg transponiranja u hrvatsko pravo su i usvojene nove odredbe o zatezним kamatama sadržane u ZFPPN-u. Ukazuje se na manjkavosti uređenja sadržanog u ZFPPN-u i iznose prijedlozi za primjerenijim pravnim rješenjima *de lege ferenda*. Zaključuje se da uređenje zatezних kamata iz odredaba ZFPPN-a narušava pravnu sigurnost, osujećuje zaštitu vjerovnika novčanih obveza i izaziva dvojbe ustavnopravne prirode, a pored toga je u pojedinim elementima protivno i Direktivi 2011/7/EU.*

Ključne riječi: *zatezne kamate, stopa zatezних kamata, poslovne transakcije, Direktiva 2011/7/EU.*

1. UVOD

Novelom Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi iz lipnja 2013. godine¹ uvedeno je u hrvatski pravni sustav posebno uređenje zatezних kamata kojim su, za odnose koji ulaze u polje primjene odredaba ZFPPN-a, derogirani

1 Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, NN br. 108/12., 144/12., 81/13. i 112/13. (dalje u tekstu: ZFPPN). Pod novelom ZFPPN-a iz lipnja 2013. godine misli se na Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN br. 81/13.) koji je na snagu stupio 30. lipnja 2013. godine.

pojedini aspekti općeg uređenja zateznih kamata sadržanog u odredbama Zakona o obveznim odnosima.² Najvažnije novine koje donosi uređenje zateznih kamata sadržano u odredbama ZFPPN-a odnose se na određivanje uvjeta pod kojima nastaje pravo vjerovnika novčane obveze na zatezne kamate te na određivanje zakonske i najviše dopuštene ugovorne stope zateznih kamata na koje vjerovnik ima pravo u slučaju dužnikova zakašnjenja s plaćanjem. Odredbe ZFPPN-a usvojene su u pokušaju usklađivanja hrvatskoga prava s Direktivom 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima.³

U radu se analiziraju posebnosti posebnog uređenja zateznih kamata sadržanog u ZFPPN-u u poredbi s općim uređenjem zateznih kamata sadržanim u ZOO-u. Utvrđuje se polje primjene odredaba ZFPPN-a o zateznim kamatama i iznose kriteriji razgraničenja primjene općeg uređenja iz ZOO-a i posebnog uređenja iz ZFPPN-a. Kako ZFPPN u hrvatsku terminologiju obveznog prava uvodi novi pojam, pojam poslovnih transakcija, posebna se pažnja u radu pridaje analizi pojma poslovnih transakcija te drugih pojmova koji čine sastavnice definicije pojma poslovnih transakcija.

Prvi je cilj rada opisati i analizirati posebno uređenje zateznih kamata sadržano u ZFPPN-u te u poredbi s općim uređenjem iz ZOO-a kritički ispitati koje je uređenje zateznih kamata povoljnije za vjerovnike novčanih obveza, a potom i iznaći prijedloge za primjerenijim uređenjem zateznih kamata *de lege ferenda*. Drugi je cilj rada ocijeniti usklađenost odredaba ZFPPN-a o zateznim kamatama s odredbama

- 2 Zakon o obveznim odnosima, NN br. 35/05., 41/08. i 125/11. (dalje u tekstu: ZOO). O općem uređenju zateznih kamata sadržanog u odredbama ZOO-a vidi opširno u: Eraković, A., Ugovorne i zatezne kamate, u: Barbić, J., Baretić, M., Crnić, I., Crnić, J., Eraković, A., Grbin, I., Hrvatin, B., Momčinović, H. i Sessa, Đ., Novi Zakon o obveznim odnosima – Zbornik radova, Zagreb, Organizator, 2005., str. 37. – 41.; Giunio, M. A., Pravno uređenje kamata, Pravo u gospodarstvu, vol. 44, br. 4/2005, str. 209. – 212.; Giunio, M. A., Triptih: nove kamatne stope na bazi eskontne stope, Pravo u gospodarstvu, vol. 47, br. 1/2008; Gorenc, V. (ur.), Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, RRIF Plus, 2005., str. 67. – 70.; Klarić, P. i Vedriš, M., Građansko pravo, Zagreb, Narodne novine, 2009., str. 398. – 400.; Momčinović, H., Ugovorne i zatezne kamate – pravna viđenja nakon 1. siječnja 2008., u: Grbin, I. (ur.), Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse – Godišnjak 15, Zagreb, Organizator, 2008., str. 91. – 122.; Slakoper, Z. (ur.), Bankovni i financijski ugovori, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, str. 151. – 154.; Slakoper, Z., Gorenc, V. i Bukovac Puvača, M., Obvezno pravo – Opći dio – Sklapanje, promjene i prestanak ugovora, Zagreb, Novi informator i Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009., str. 376. – 380.
- 3 Direktiva 2011/7/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 2011. o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (*Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions*), OJ L 48, 23.2.2011. (dalje u tekstu: Direktiva 2011/7/EU; ponegdje i: Direktiva). O Direktivi 2011/7/EU vidi opširnije u: Bilotta, C., Ending the Commercial Siesta: The Shortcomings of European Union Directive 2011/7/EU on Combating Late Payments in Commercial Transactions, Brooklyn Journal of International Law, vol. 38, br. 2/2013; Tot, I., Pravna osnova i ciljevi Direktive 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 50, br. 1/2013. Posebno o zateznim kamatama i drugim pravnim posljedicama zakašnjenja s plaćanjem u kontekstu odredaba Direktive 2011/7/EU vidi u: Tot, I., Pojam i pravne posljedice zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima u pravu Europske unije, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, br. 2/2012.

Direktive 2011/7/EU. Iako se u radu osim na neusklađenost novog uređenja zatezних kamata sa zahtjevima Direktive ukazuje i na moguću neustavnost pojedinih odredaba ZFPPN-a, cilj rada nije analizirati ustavnopravne aspekte novog uređenja zatezних kamata, pa se rad ograničava na analizu obveznopravnih aspekata.

S obzirom na ovako postavljene ciljeve istraživanja u radu se hrvatsko pravo uspoređuje s propisima koji su dio pravne stečevine Europske unije, ali ne i s poredbenim propisima koji su dio nacionalnih prava drugih država.

U domaćoj pravnoj literaturi objavljeno je nekoliko radova koji analiziraju uređenje zatezних kamata sadržano u odredbama ZFPPN-a,⁴ ali ne ocjenjuju usklađenost ZFPPN-a s Direktivom 2011/7/EU. Stoga je očekivani doprinos ovog rada, pored iznošenja izvornih i dopune postojećih zaključaka do kojih su u pogledu novog uređenja zatezних kamata došli drugi autori, također i utvrđivanje jesu li i u kojoj mjeri odredbe ZFPPN-a o zatezним kamatama u skladu s odredbama Direktive.

U prvom poglavlju nakon uvoda analiziraju se specifičnosti novog uređenja zatezних kamata, a u trećem se poglavlju utvrđuje polje primjene odredaba ZFPPN-a o zatezним kamatama. Zaključno se sažeto prikazuju rezultati provedenog istraživanja.

2. SPECIFIČNOSTI UREĐENJA ZATEZNIH KAMATA SADRŽANOG U ZFPPN-U

Pojam zatezних kamata i pojam zakonske stope zatezних kamata definirani su za potrebe primjene ZFPPN-a u čl. 3. ZFPPN-a na način koji nije suklađan hrvatskim jezičnim standardima i općeprihvaćenoj terminologiji obveznog prava.⁵ Umjesto pojma „zatezne kamate“, standardnog termina obveznog prava iz čl. 29. ZOO-a i imenice koja je u hrvatskom jeziku *pluralia tantum*, čl. 3. st. 1. t. 18. ZFPPN-a rabi pojam „kamata za kašnjenje s plaćanjem“, a umjesto pojma „zakonska stopa zatezних kamata“ u čl. 3. st. 1. t. 19. ZFPPN-a upotrijebljen je pojam „zakonska kamata za kašnjenje s plaćanjem“. Na žalost, ove dvije nomotehničke pogreške nisu usamljene u svojoj neusklađenosti s pojmovima prihvaćenim u ZOO-u kao općem propisu koji se prema čl. 90. ZFPPN-a podredno primjenjuje na obvezne odnose uređene odredbama ZFPPN-a, a što je vidljivo iz definicija navedenih pojmova sadržanih u odredbama ZFPPN-a.

Prema čl. 3. st. 1. t. 18. ZFPPN-a, „kamata za kašnjenje s plaćanjem“ je „zakonska kamata za kašnjenje s plaćanjem ili kamata po stopi ugovorenoj između poduzetnika.“ „Zakonska kamata za kašnjenje s plaćanjem“ definirana je u čl. 3. st. 1. t. 19. ZFPPN-a kao „osnovna kamatna stopa za kašnjenje s plaćanjem po stopi koja je jednaka iznosu referentne stope uvećana za 8 postotnih poena.“

4 O novom uređenju zatezних kamata pisali su: Giunio, M. A., *Zatezne kamate na dvostrukom kolosijeku*, Hrvatska pravna revija, vol. 14, br. 1/2014; Pavičić, D., *Novi način određivanja stope zakonskih (i ugovornih) zatezних kamata*, Računovodstvo, revizija i financije, br. 9/2013; Pavičić, D., *Pravno uređenje zatezних kamata od sredine 2013.*, Pravo i porezi, br. 10/2013; Pavičić, D., *Nova stopa zakonske zatezne kamate između poduzetnika*, Računovodstvo, revizija i financije, br. 2/2014; Šimunc, N., *Izmjene i dopune Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi*, Računovodstvo, revizija i financije, br. 8/2013.

5 U istom smislu ističe i: Giunio, M. A., op. cit. u bilj. 4, str. 35.

„Referentna stopa“ kojom se određuje zakonska stopa zatezних kamata definirana je u čl. 3. st. 1. t. 20. ZFPPN-a kao „osnovna kamatna stopa za kašnjenje s plaćanjem, a jednaka je prosječnoj kamatnoj stopi na stanja kredita odobrenih na razdoblje dulje od godine dana nefinancijskim trgovačkim društvima koja je izračunata za referentno razdoblje koje prethodi tekućem polugodištu umanjenoj za 1 postotni poen“. „Prosječnu kamatnu stopu“, u smislu čl. 3. st. 1. t. 20. a prema čl. 12.a st. 2. i 4. ZFPPN-a „za referentno razdoblje određuje Hrvatska narodna banka prema utvrđenoj metodologiji i dužna ju je svakog 1. siječnja i 1. srpnja objaviti u Narodnim novinama“, dok referentno razdoblje prema čl. 12.a st. 5. ZFPPN-a „obuhvaća šest mjeseci od predzadnjeg mjeseca polugodišta koje prethodi tekućem polugodištu, uključujući i taj mjesec.“

Nastanak prava vjerovnika na zatezne kamate kao temeljni pravni učinak zakašnjenja dužnika s ispunjenjem novčane obveze uređen je u čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a gdje se propisuje: „ako dužnik zakasni s ispunjenjem novčane obveze duguje vjerovniku bez ikakve daljnje opomene pored glavnice, i kamate za kašnjenje s plaćanjem, pod uvjetom da je vjerovnik ispunio svoje ugovorne i zakonske obveze.“

U čl. 12.a st. 2. ZFPPN-a propisana je metoda izračuna zakonske stope zatezних kamata, na način koji je sadržajno istovjetan onome iz čl. 3. st. 1. t. 19. ZFPPN-a (gdje se umjesto pojma zakonske stope zatezних kamata rabi pojam „zakonska kamata za kašnjenje s plaćanjem“) i koji donekle ispravlja pogrešno poistovjećivanje pojma kamata s pojmom kamatne stope prisutno u čl. 3. st. 1. t. 19. ZFPPN-a, ali koji je nomotehnički u koliziji s tom odredbom. Naime, u čl. 12.a st. 2. ZFPPN-a za zakonsku stopu zatezних kamata rabi se izraz „stopa zakonskih kamata na kašnjenje s plaćanjem“ te se određuje da je ona „u poslovnim transakcijama između poduzetnika i između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze jednaka referentnoj stopi uvećanoj za 8 postotnih poena.“

Nove nomotehničke neusklađenosti ZFPPN-a i s odredbama ZOO-a i s drugim odredbama samog ZFPPN-a, donose i odredbe čl. 12.a st. 3. ZFPPN-a u kojima je određena najviša dopuštena ugovorna stopa zatezних kamata, a koje propisuju da je „u poslovnim transakcijama između poduzetnika moguće ugovoriti drukčiju stopu kamata za kašnjenje s plaćanjem, ali ne veću od stope zakonskih kamata za kašnjenje s plaćanjem“, a „koja je vrijedila na dan sklapanja ugovora“, te da „ako su kamate ugovorene, ali nije određena njihova stopa, obračunavaju se zakonske kamate za kašnjenje s plaćanjem.“

U čl. 14. ZFPPN-a sadržane su, između ostalog, odredbe o ništetnosti pojedinih ugovornih odredbi u vezi sa zateznim kamatama. Prema čl. 14. st. 1. ZFPPN-a ništetna je ugovorna odredba, „činidba ili praksa, kojom se isključuje, ograničava ili uvjetuje pravo vjerovnika na kamate za kašnjenje s plaćanjem“. U čl. 14. st. 7. ZFPPN-a propisano je: „ništetna je odredba ugovora između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze, kojom je ugovorena drugačija stopa kamata od stope zakonskih kamata na kašnjenje s plaćanjem.“

Pregled citiranih odredaba ZFPPN-a o zateznim kamatama pokazuje da se posebnosti uređenja zatezних kamata iz ZFPPN-a u odnosu na opće uređenje zatezних kamata iz ZOO-a odnose na: uvjete nastanka prava vjerovnika novčane obveze

na zatezne kamate u slučaju zakašnjenja dužnika s plaćanjem i učinke dužničkog zakašnjenja vjerovnika na dužničko zakašnjenje dužnika, metodu izračuna zakonske stope zatezних kamata, te na mogućnost ugovaranja stope zatezних kamata i najvišu dopuštenu ugovornu stopu zatezних kamata. O ovim specifičnostima uređenja zatezних kamata sadržanog u ZFPPN-u detaljnije se raspravlja u narednim odjeljcima rada u poredbi s općim uređenjem zatezних kamata iz ZOO-a i uz ocjenu usklađenosti ZFPPN-a s Direktivom 2011/7/EU.

2.1. Nastanak prava vjerovnika novčane obveze na zatezne kamate prema čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a

Prema citiranoj odredbi čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a za nastanak dužnikove obveze plaćanja zatezних kamata, odnosno za nastanak prava vjerovnika novčane obveze na zatezne kamate, nije dovoljno da se dužnik nađe u zakašnjenju s ispunjenjem novčane obveze, već je potrebno da je ispunjen i još jedan dodatni uvjet: „da je vjerovnik ispunio svoje ugovorne i zakonske obveze.“ Ovaj dodatni uvjet, odnosno izraz „ugovorne i zakonske obveze“, koji nije ZFPPN-om dovoljno određen, potrebno je po mišljenju autora tumačiti tako da on znači one obveze vjerovnika koje su u vezi s ugovorom iz kojega proizlazi dužnikova novčana obveza, odnosno koje su recipročne dužnikovoj novčanoj obvezi, a ne ekstenzivno tako da se ovaj izraz odnosi na bilo koju vjerovnikovu obvezu prema dužniku.

Ako vjerovnik novčane obveze nije ispunio svoju dospjelu nenovčanu obvezu, pogledu koje je on dužnik nenovčane obveze, i sam se nalazi u dužničkom zakašnjenju. Učinak takvog dužničkog zakašnjenja vjerovnika novčane obveze na dužničko zakašnjenje dužnika novčane obveze je prema čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a taj da zatezne kamate nisu ni počele teći, iako se dužnik novčane obveze nalazi u zakašnjenju s ispunjenjem novčane obveze.

Ovakvo zakonsko rješenje ne bi bilo posebno problematično kada bi se ono odnosilo isključivo na situaciju u kojoj se vjerovnik novčane obveze, pored toga što se nalazi u dužničkom zakašnjenju (*mora debitoris*) u pogledu svoje dospjele nenovčane obveze, ujedno nalazi u vjerovničkom zakašnjenju (*mora creditoris*) u pogledu dužnikove dospjele novčane obveze, odnosno, na situaciju u kojoj vjerovnik novčane obveze bez osnovanog razloga odbija primiti ispunjenje dužnikove novčane obveze ili ne nudi ispunjenje svoje dospjele nenovčane obveze iako je spreman primiti ispunjenje dužnikove novčane obveze koja je dospjela istodobno kada je dospjela i vjerovnikova nenovčana obveza. Riječ je o slučajevima zakašnjenja vjerovnika iz čl. 184. st. 1. i 2. ZOO-a koji za učinak prema čl. 185. st. 1. i 2. ZOO-a između ostalog imaju i da je od dana zakašnjenja vjerovnika prestalo zakašnjenje dužnika i da su prestale teći zatezne kamate.⁶

Međutim, čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a, pod pretpostavkom da se pod izrazom „svoje ugovorne i zakonske obveze“ podrazumijevaju vjerovnikove dospjele nenovčane

6 O zakašnjenju vjerovnika i njegovim učincima opširno vidi u: Gorenc, V. (ur.), op. cit. u bilj. 2, str. 256. – 258.; Slakoper, Z., i dr., op. cit. u bilj. 2, str. 358. – 360.; Momčinović, H., Zakašnjenje vjerovnika, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58, br. 1-2/2008.

obveze, ne uređuje učinke vjerovničkog zakašnjenja na zakašnjenje dužnika, već učinke dužničkog zakašnjenja vjerovnika novčane obveze na dužničko zakašnjenje dužnika novčane obveze, i to tako da zatezne kamate kao tipična pravna posljedica dužničkog zakašnjenja dužnika novčane obveze niti ne počinju teći. Takvo rješenje strano je hrvatskom obveznom pravu, odnosno odredbama ZOO-a prema kojima dužničko zakašnjenje vjerovnika novčane obveze ne izaziva prekid tijekom zatezних kamata koje duguje dužnik novčane obveze uslijed vlastitog dužničkog zakašnjenja s ispunjenjem novčane obveze. Naime, prema čl. 183. st. 1. i 2. ZOO-a, dužnik dolazi u zakašnjenje ako ne ispuni obvezu u roku određenom za ispunjenje. Ako rok za ispunjenje obveze nije određen, dužnik dolazi u zakašnjenje kada ga vjerovnik pozove da ispuni obvezu.⁷ Dužnikova obveza plaćanja zatezних kamata, odnosno njoj korelirajuće pravo vjerovnika na zatezne kamate, nastaje prema čl. 29. st. 1. ZOO-a kada dužnik zakasni s ispunjenjem novčane obveze, dakle *ex lege* kao zakonska posljedica zakašnjenja dužnika s ispunjenjem novčane obveze. ZOO ne zahtijeva nikakav dodatni uvjet za nastanak prava vjerovnika novčane obveze na zatezne kamate osim nastupanja zakašnjenja dužnika s ispunjenjem novčane obveze.

Štoviše, čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a ne govori o dospjelim obvezama vjerovnika novčane obveze, već općenito i nedovoljno precizno o „ugovornim i zakonskim obvezama“ vjerovnika novčane obveze. Stoga bi se čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a mogao tumačiti i tako da izraz „svoje ugovorne i zakonske obveze“ obuhvaća i one obveze vjerovnika novčane obveze koje još nisu dospjele, a što bi dovodilo do potpuno neprihvatljivih posljedica: Dužnik novčane obveze ne bi dugovao vjerovniku novčane obveze zatezne kamate iako se nalazi u dužničkom zakašnjenju s ispunjenjem novčane obveze i iako se vjerovnik novčane obveze ne nalazi ni u dužničkom ni u vjerovničkom zakašnjenju s obzirom na to da njegova nenovčana obveza nije dospjela.

Odredbom čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a ne isključuje se stranačka autonomija glede ugovaranja redosljeda ispunjenja obveza iz dvostranoobveznih ugovora, ali se na štetu vjerovnika novčane obveze ograničava ekonomski racionalan izbor redosljeda ispunjenja obveza. Naime, moguće je i dalje ugovorom odstupiti od dispozitivne odredbe čl. 358. st. 1. ZOO-a o pravilu istodobnog ispunjenja,⁸ te valjano ugovoriti da će vjerovnik novčane obveze biti dužan ispuniti svoju nenovčanu obvezu nakon što dospije dužnikova novčana obveza, ali pri ugovaranju takvog redosljeda ispunjenja vjerovnik novčane obveze mora biti svjestan da do trenutka ispunjenja svoje nenovčane obveze neće imati pravo na zatezne kamate od dužnika novčane obveze zakasni li dužnik s ispunjenjem novčane obveze.

Zbog toga što se ZFPPN-a kao *lex specialis* primjenjuje samo na određene obvezne odnose njime uređene,⁹ dok se na preostale obvezne odnose primjenjuje ZOO, specifično uređenje iz čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a proizvelo je znatnu neravnopravnost

7 Opširnije o ovim odredbama ZOO-a vidi u: Gorenc, V. (ur.), op. cit. u bilj. 2, str. 253. – 256.; Klarić, P. i Vedriš, M., op. cit. u bilj. 2, str. 474. – 475.; Slakoper, Z., i dr., op. cit. u bilj. 2, str. 357. – 358.

8 Opširno o pravilu istodobnog ispunjenja vidi u: Gorenc, V. (ur.), op. cit. u bilj. 2, str. 533. – 535.; Klarić, P. i Vedriš, M., op. cit. u bilj. 2, str. 469.; Slakoper, Z., i dr., op. cit. u bilj. 2, str. 542. – 543.

9 O polju primjene odredaba ZFPPN-a vidi *infra* u trećem poglavlju rada.

vjerovnika novčanih obveza u hrvatskom pravu. Vjerovnici novčanih obveza iz obveznih odnosa koji potpadaju pod primjenu ZOO-a imat će pravo na zatezne kamate čim dužnik novčane obveze padne u zakašnjenje s ispunjenjem novčane obveze, dok će za vjerovnike novčanih obveza iz obveznih odnosa koji potpadaju pod primjenu ZFPPN-a pravo na zatezne kamate nastati ne kada dužnik novčane obveze padne u zakašnjenje s ispunjenjem novčane obveze već tek u trenutku kada vjerovnik ispunji „svoje ugovorne i zakonske obveze“. Odnosno za njih će pravo na zatezne kamate nastati u trenutku kada dužnik novčane obveze padne u zakašnjenje samo ako su prethodno tomu ispunili „svoje ugovorne i zakonske obveze“. Opisana neravnopravnost vjerovnika novčanih obveza mogla bi biti i u protivnosti s Ustavom Republike Hrvatske,¹⁰ a posebno s postulatом jednakosti svih pred zakonom iz čl. 14. st. 2. Ustava RH i postulatом jednakoga pravnog položaja na tržištu iz čl. 49. st. 2. Ustava RH.¹¹

Pored toga što je odredba čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a moguće protuustavna, njome je u odnosu na opće uređenje iz ZOO-a uspostavljen i pravni okvir koji, umjesto da osigurava učinkovitiju zaštitu vjerovnika novčanih obveza od negativnih učinaka zakašnjenja s plaćanjem, pogoduje dužnicima novčanih obveza. Takvo uređenje protivno je i svrsi i ciljevima ZFPPN-a proklamiranim u obrazloženju prijedloga novele ZFPPN-a iz lipnja 2013.¹² U njemu se, između ostalog, navodi da je cilj zatezних kamata „potaknuti dužnika na pravodobno i potpuno ispunjenje obveze, ne samo u interesu vjerovnika, nego i zbog stvaranja financijske discipline, građanskog i poslovnog morala, a sve navedeno utječe i na stanje gospodarstva u cjelini.“¹³

Odredba čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a osujećuje i kaznenu funkciju zatezних kamata. Prevladavajuće stajalište domaće pravne literature jest da su zatezne kamate sankcija prema dužniku koji zakasni s ispunjenjem novčane obveze,¹⁴ a kaznena funkcija je i primarna funkcija zatezних kamata u kontekstu odredaba Direktive 2011/7/EU.¹⁵ Rješenje prema kojemu dužnikova obveza plaćanja zatezних kamata neće nastati sve dok vjerovnik ne ispunji „svoje ugovorne i zakonske obveze“, iako se dužnik nalazi u

10 Ustav Republike Hrvatske, NN br. 56/90., 135/97., 8/98. – pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. – pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. – pročišćeni tekst, 55/01. – ispravak, 76/10., 85/10. – pročišćeni tekst i 5/14. - odluka Ustavnog suda br. SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014. (dalje u tekstu: Ustav RH).

11 U tome je smislu Udruga pravnika u gospodarstvu već i podnijela prijedlog Ustavnom sudu Republike Hrvatske za pokretanje postupka ocjene ustavnosti odredaba čl. 12.a st. 1. i 2. ZFPPN-a, o čemu vidi više u: Giunio, M. A., op. cit. u bilj. 4, str. 35. – 36.

12 Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, dostupno na: <https://infodok.sabor.hr/Reports/KarticaAktaFrm.aspx?zak_id=25036>, 31. siječnja 2014. (dalje u tekstu: prijedlog novele ZFPPN-a iz lipnja 2013.).

13 Ibid., str. 4.

14 Kaznenu funkciju zatezних kamata ističu: Crnić, I. i Crnić, J., Zatezne kamate – neka aktualna pitanja, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 39, br. 6/2000, str. 50.; Giunio, M. A., *Pravno... cit. u bilj. 2*, str. 203.; Klarić, P. i Vedriš, M., op. cit. u bilj. 2, str. 398.; Slakoper, Z. u: Gorenc, V. (ur.), op. cit. u bilj. 2, str. 68. O teorijskim prijedlozima o funkciji zatezних kamata s upućivanjem na stajališta pojedinih autora o tome pitanju vidi u: Giunio, M. A., *Pravno... cit. u bilj. 2*, str. 202. – 203.; Tot, I., *Pojam... cit. u bilj. 3*, str. 789.

15 O tome vidi više u: Tot, I., *Pojam... cit. u bilj. 3*, str. 790.

zakašnjenju s ispunjenjem novčane obveze, negira kaznenu funkciju zatezних kamata i asocira na ublažavanje „kazne“ zbog „olakotnih okolnosti“.

Dotadna kritika odredbi čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a može se uputiti i u pogledu dijela odredbe koji određuje da dužnik duguje vjerovniku zatezne kamate „bez ikakve daljnje opomene“. Naime, u skladu s načelom *dies interpellat pro homine* koje potječe iz rimske pravne tradicije, rok ispunjenja obveze opominje sam po sebi pa nije potrebno posebno podsjećati dužnika na njegovu obvezu i potrebu njenog ispunjenja, a što je prihvaćeno i u odredbama čl. 183. st. 1. i 2. ZOO-a. Prema kojima dužnik dolazi u zakašnjenje protekom roka određenog za ispunjenje obveze, a samo ako rok za ispunjenje obveze nije određen, dužnik dolazi u zakašnjenje tek kada ga vjerovnik pozove da ispunji obvezu. Kako se čl. 183. st. 1. i 2. ZOO-a podredno primjenjuje i na obvezne odnose uređene ZFPPN-om, te kako ZFPPN za obvezne odnose koji ulaze u njegovu polje primjene propisuje zakonske rokove ispunjenja novčanih obveza koji se imaju primijeniti ako nije ugovoren rok ispunjenja novčane obveze,¹⁶ suvišan je navod u odredbi čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a da dužnik koji se nalazi u zakašnjenju duguje zatezne kamate „bez ikakve daljnje opomene.“

Odredba čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a posljedica je nespretnog usklađivanja s Direktivom 2011/7/EU u okviru koje postoje slični problemi pri konceptualiziranju pojma zakašnjenja s plaćanjem. Naime, prema čl. 2. st. 1. t. 4. u vezi s čl. 3. st. 1. t. a) i čl. 4. st. 1. t. a) Direktive, o zakašnjenju s plaćanjem bit će riječ ako plaćanje nije izvršeno unutar ugovorenog ili zakonskog roka plaćanja pod uvjetom da je vjerovnik ispunio svoje ugovorne i zakonske obveze.¹⁷ Međutim, obveza usklađivanja nacionalnog prava s Direktivom ne znači nužno i doslovno prevođenje odredaba Direktive u nacionalni propis. Prema čl. 12. st. 3. Direktive državama članicama dopušteno je da u nacionalnom pravu zadrže postojeće ili usvoje nove odredbe koje bi za vjerovnike novčanih obveza bile povoljnije od odredaba koje je potrebno donijeti radi usuglašavanja s odredbama Direktive. S obzirom na to da je Direktiva 2011/7/EU direktiva minimalne harmonizacije i da je opće uređenje nastanka prava vjerovnika na zatezne kamate sadržano u ZOO-u za vjerovnike novčanih obveza povoljnije od uređenja predviđenog Direktivom, nije bilo neophodno posebnim uređenjem iz ZFPPN-a doslovno preuzimati opisano rješenje iz Direktive 2011/7/EU.

Stoga se predlaže de lege ferenda nomotehnički doraditi odredbu čl. 12.a st. 1. ZFPPN-a na način da se ona terminološki uskladi s odredbama ZOO-a, te da se izostavi iz odredbe kontroverzni dio teksta koji glasi „pod uvjetom da je vjerovnik ispunio svoje ugovorne i zakonske obveze.“

16 Zakonski rokovi ispunjenja novčanih obveza za obvezne odnose uređene ZFPPN-om predviđeni su u čl. 11. i 12. ZFPPN-a, a riječ je također o odredbama koje su usvojene u transponiranju Direktive 2011/7/EU u hrvatsko pravo. Opširno o odredbama Direktive 2011/7/EU koje se odnose na zakonske rokove ispunjenja novčanih obveza vidi u: Tot, I., Zakonski rokovi ispunjenja novčanih obveza iz trgovačkih ugovora u pravu Europske unije, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34, br. 1/2013.

17 Opširno o pojmu zakašnjenja s plaćanjem u okviru odredaba Direktive 2011/7/EU vidi: Tot, I., Pojam... cit. u bilj. 3, str. 772. – 781.

2.2. Zakonska stopa zateznih kamata prema čl. 3. st. 1. t. 19. i 20. i čl. 12.a st. 2., 4. i 5. ZFPPN-a

Zakonska stopa zateznih kamata na odnose koji ulaze u polje primjene ZFPPN-a definirana je u čl. 3. st. 1. t. 19. ZFPPN-a kao „osnovna kamatna stopa“. Ona se prema čl. 3. st. 1. t. 19. i čl. 12.a st. 2. ZFPPN-a određuje uvećanjem „referentne stope“ za osam postotnih poena. „Referentna stopa“ definirana je u čl. 3. st. 1. t. 20. ZFPPN-a kao „osnovna kamatna stopa za kašnjenje s plaćanjem, a jednaka je prosječnoj kamatnoj stopi na stanja kredita odobrenih na razdoblje dulje od godine dana nefinancijskim trgovačkim društvima koja je izračunata za referentno razdoblje koje prethodi tekućem polugodištu umanjenoj za 1 postotni poen.“¹⁸ Prema čl. 12.a st. 4. i 5. ZFPPN-a, Hrvatska narodna banka¹⁹ određuje i objavljuje za referentno razdoblje koje obuhvaća šest mjeseci do predzadnjeg mjeseca polugodišta koje prethodi tekućem polugodištu, uključujući taj mjesec, „prosječnu kamatnu stopu“ u smislu odredbe čl. 3. st. 1. t. 20. ZFPPN-a, a koja služi za određivanje „referentne stope“, a koja služi za određivanje „osnovne kamatne stope“ koja predstavlja zakonsku stopu zateznih kamata.

Nespretna redakcija ovih odredaba ZFPPN-a vrlo lako može dovesti do zabune. Tako se uočava da se u čl. 12.a st. 4. ZFPPN-a govori o „prosječnoj kamatnoj stopi iz stavka 2. ovoga članka“, a da se u čl. 12.a st. 2. ZFPPN-a uopće ne spominje „prosječna kamatna stopa“, već „referentna stopa“ koja se prema čl. 3. st. 1. t. 20. ZFPPN-a određuje umanjenoj „prosječne kamatne stope“ za jedan postotni poen. Nadalje, u čl. 3. st. 1. t. 20. ZFPPN-a „referentna stopa“ definira se kao „osnovna kamatna stopa“, a u čl. 3. st. 1. t. 19. ZFPPN-a i zakonska stopa zateznih kamata definira se kao „osnovna kamatna stopa“ koja se određuje uvećanjem „referentne stope“ za osam postotnih poena.

Stoga se zaključuje kako „prava“ osnovna kamatna stopa koja je polazište za izračun zakonske stope zateznih kamata nije „referentna stopa“ u smislu čl. 3. st. 1. t. 20. ZFPPN-a, već „prosječna kamatna stopa“ iz iste odredbe. Zakonska stopa zateznih kamata se prema tomu određuje umanjenoj „prosječne kamatne stope“ iz čl. 3. st. 1. t. 20. ZFPPN-a za jedan postotni poen, a potom uvećanjem tako dobivene „referentne stope“ za osam postotnih poena.

Novelom ZFPPN-a iz lipnja 2013. kojom je za obvezne odnose koji potpadaju pod primjenu odredaba ZFPPN-a uvedena nova metoda izračuna zakonske stope zateznih kamata nije dirano u odredbe čl. 29. ZOO-a koje uređuju metodu izračuna zakonske stope zateznih kamata za obvezne odnose koje ulaze u polje primjene tih odredaba ZOO-a. Prema čl. 29. st. 2. ZOO-a, zakonska stopa zateznih kamata na odnose iz trgovačkih ugovora i ugovora između trgovca i osobe javnog prava određuje se za svako polugodište „uvećanjem eskontne stope Hrvatske narodne banke koja je vrijedila zadnjeg dana polugodišta koje je prethodilo tekućem polugodištu za osam postotnih poena, a u ostalim odnosima za pet postotnih poena“. Eskontnu stopu

18 Nespretnim izrazom „nefinancijska trgovačka društva“ vjerojatno se htjelo označiti trgovačka društva koja nisu kreditne institucije ni druge financijske institucije, a nejasno je ostalo i što zakonodavac smatra pod izrazom „stanja kredita.“

19 U daljnjem tekstu: HNB.

kao polazišnu stopu za izračun zakonske stope zatezних kamata, prema čl. 29. st. 8. ZOO-a, HNB je dužna objaviti u Narodnim novinama svakog 1. siječnja i 1. srpnja.

Izostanak odgovarajuće zakonodavne intervencije u čl. 29. ZOO-a pri usvajanju novele ZFPPN-a iz lipnja 2013. dokinuo je stanje u kojemu se neovisno o naravi obveznog odnosa za sve obvezne odnose kao osnovna polazišna stopa za određivanje zakonske stope zatezних kamata primjenjivala jedna kamatna stopa, a uveo rješenje prema kojemu će se na obvezni odnos ovisno o tomu u polje primjene kojega propisa on ulazi primijeniti jedna od dvije osnovne polazišne kamatne stope: eskontna stopa HNB-a ili „prosječna kamatna stopa na stanja kredita odobrenih na razdoblje dulje od godine dana nefinancijskim trgovačkim društvima“, a koju također određuje i objavljuje HNB. Uvođenje „dvostrukog kolosijeka“²⁰ u pravni režim zatezних kamata ne pridonosi pravnoj sigurnosti, dovodi u pitanje ustavna načela jednakosti pred zakonom i jednakog pravnog položaja na tržištu, a otvara i nekoliko drugih pitanja na koja zakonodavac nije odgovorio pri usvajanju novele ZFPPN-a.

Naime, znatan dio obrazloženja prijedloga novele ZFPPN-a iz lipnja 2013. posvećen je iznošenju razloga zbog kojih ZFPPN odstupa od upotrebe eskontne stope HNB-a kao osnovne polazišne stope za određivanje zakonske stope zatezних kamata. Ističe se tako da „eskontna kamatna stopa Hrvatske narodne banke nije klasična referentna kamatna stopa“ i da „u Republici Hrvatskoj ne postoji kamatna stopa koja bi se mogla smatrati referentnom u klasičnom smislu.“²¹ Pojašnjava se da su posljednje tri godine koje je obilježila gospodarska kriza, ali i ranije pretkrizne godine „obilježene snažnim kreiranjem primarnog novca putem deviznih operacija Hrvatske narodne banke“ i oslobađanjem likvidnosti „smanjenjem obveznih pričuva banaka“ zbog čega „nije postojala potreba za kreditiranjem banaka.“²² Navodi se da su „visoka eurizacija i slabo razvijeno domaće novčano tržište svakako najvažniji čimbenici koji su pridonijeli tome što u praksi ne postoji široko prihvaćena referentna kamatna stopa.“²³ Zaključuje se da „u takvom kontekstu i slijedom navedenih razloga“ korištenje eskontne stope „kao baze za izračun zatezne kamatne stope nije svrhovito niti opravdano“²⁴ te da „u instrumentariju Hrvatske narodne banke ne postoji alternativna kamatna stopa koja bi mogla preuzeti njezinu ulogu“, kao i da je „sustav izračuna zatezne kamatne stope u Republici Hrvatskoj neprikladan te postoji potreba njegovog revidiranja.“²⁵

Ne dovodeći u sumnju obrazloženje prijedloga novele ZFPPN-a iz lipnja 2013., odnosno razloge zbog kojih se za odnose koji ulaze u polje primjene ZFPPN-a

20 Giunio, M. A., op. cit. u bilj. 4, str. 33.

21 Prijedlog novele ZFPPN-a iz lipnja 2013. (vidi *supra* u bilj. 12), str. 5.

22 Ibid.

23 Ibid.

24 Ibid. Već u vrijeme predlaganja ZOO-a isticalo se da je neprikladno za osnovnu kamatnu stopu uzeti eskontnu stopu koja nije mjerodavan odraz realnog stanja na tržištu novca te je predlagana upotreba kamatne stope na lombardne kredite - Giunio, M. A., *Pravno... cit. u bilj. 2*, str. 210.; za više o ovome vidi i: Giunio, M. A., *Triptih... cit. u bilj. 2*, str. 9. – 12. Opširno o eskontnoj stopi kao osnovnoj kamatnoj stopi vidi i u: Šenjuga, S., *Razvoj i učinci pravnog uređenja kamata u Republici Hrvatskoj*, magistarski rad, Zagreb, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2012., str. 103. – 117.

25 Prijedlog novele ZFPPN-a iz lipnja 2013. (vidi *supra* u bilj. 12), str. 5. – 6.

odustalo od eskontne stope HNB-a kao osnovne polazišne stope za određivanje zakonske stope zatezних kamata, kao iznimno važno pitanje nameće se sljedeće: Ako primjena eskontne stope HNB-a kao osnovne kamatne stope za određivanje zakonske stope zatezних kamata nije svrhovita, opravdana ni prikladna, zašto je eskontna stopa HNB-a i dalje zadržana kao polazišna stopa za određivanje zakonske stope zatezних kamata za one odnose koji ulaze u polje primjene odredaba ZOO-a? Prihvati li se obrazloženje prijedloga novele ZFPPN-a u dijelu u kojemu govori o neprikladnosti eskontne stope, nije shvatljivo zbog čega zakonodavac nije sveobuhvatno intervenirao u pravni režim zatezних kamata te umjesto paralelne primjene dvije osnovne kamatne stope uveo novu jedinstvenu osnovnu kamatnu stopu koja bi se primjenjivala kao polazišna za izračun zakonske stope zatezних kamata na sve obvezne odnose neovisno o tomu kojim su propisom uređeni. Ovo tim više što je očito iz obrazloženja novele ZFPPN-a da zakonodavac drži kako je upravo novouvedena kamatna stopa ona kamatna stopa koje je svrhovita, opravdana i prikladna za određivanje zakonske stope zatezних kamata.

Nadalje, u pogledu odabira „prosječne kamatne stope na stanja kredita odobrenih na razdoblje dulje od godine dana nefinancijskim trgovačkim društvima“ kao one kamatne stope koja je svrhovita, opravdana i prikladna za to da bude osnovnom polazišnom kamatnom stopu kojom će se određivati zakonska stopa zatezних kamata, valja istaknuti kako zakonodavac u obrazloženju prijedloga novele ZFPPN-a ne argumentira zašto je upravo ta stopa prikladna ili prikladnija od eskontne stope HNB-a ili koje druge kamatne stope. Zakonodavac se u obrazloženju prijedloga novele opsežno koncentrirao na opravdanje razloga za napuštanje eskontne stope, ali na žalost nije dostatno obrazložio odabir nove kamatne stope. Ovakav pristup zakonodavca iznenađuje tim više što je u obrazloženju novele navedeno da „u Republici Hrvatskoj ne postoji kamatna stopa koja bi se mogla smatrati referentnom u klasičnom smislu.“²⁶ Ako već takva kamatna stopa ne postoji, čini se neophodnim u obrazloženju prijedloga propisa opravdati odabir kamatne stope koja će fingirati referentnu kamatnu stopu „u klasičnom smislu.“²⁷

U vezi s izborom kamatne stope koja će kao polazišna služiti za određivanje zakonske stope zatezних kamata, potrebno je utvrditi i što u tom pogledu zahtijevaju odredbe Direktive 2011/7/EU. Prema odredbi čl. 2. st. 1. t. 6. Direktive, države članice su u nacionalnom pravu obvezne predvidjeti da se zakonska stopa zatezних kamata ima računati uvećanjem referentne stope za najmanje osam postotnih poena.²⁸ Odgovor na pitanje koja je stopa „referentna stopa“ ovisit će o tomu je li država članica dijelom eurozone ili je izvan eurozone.

„Referentna stopa“ definirana je u čl. 2. st. 1. t. 7. a) Direktive, za državu članicu čija je valuta euro kao ili „kamatna stopa koju primjenjuje Europska središnja banka

26 Ibid., str. 5.

27 Odabir kamatne stope nije argumentirala ni Vlada Republike Hrvatske kao predlagatelj novele ZFPPN-a tijekom rasprave na sjednici Hrvatskog sabora održanoj 27. lipnja 2013. (za video-zapis te rasprave vidi: <<http://itv.sabor.hr/video/default.aspx?TockaID=5769>>, 10. veljače 2014.).

28 Opsežno o zakonskoj stopi zatezних kamata prema odredbama Direktive 2011/7/EU vidi u: Tot, I., Pojam... cit. u bilj. 3, str. 782. – 784.

za svoje aktualne glavne operacije refinanciranja“ ili „granična kamatna stopa koja proizlazi iz ponuda s varijabilnom kamatnom stopom za aktualne glavne operacije refinanciranja Europske središnje banke“. Glavne operacije refinanciranja redovite su operacije na otvorenom tržištu koje se provode putem obrnutih repo aukcija²⁹ koje se održavaju tjedno s rokom dospijeca od jednog tjedna.³⁰ Razlika između prodajne i reotkupne cijene na obrnutim repo aukcijama računa se temeljem repo stope. Obrnute repo aukcije mogu se provoditi po fiksnoj repo stopi koju je unaprijed utvrdila Europska središnja banka³¹ ili po varijabilnoj repo stopi što znači da banke u svojim ponudama same navode repo stopu, a u potonjem se slučaju utvrđuje granična repo stopa ovisno o ukupnom iznosu pristiglih ponuda.³² Prema tomu, za države članice eurozone „referentna stopa“ u smislu Direktive bit će ili fiksna repo stopa ili varijabilna repo stopa ECB-a, ovisno o tomu kako se u danom trenutku provode obrnute repo aukcije.³³ Pri tomu će, prema čl. 3. st. 2. i čl. 4. st. 2. Direktive, kao „referentna stopa“ za prvo polugodište biti mjerodavna repo stopa koja je na snazi 1. siječnja predmetne godine, a za drugo polugodište repo stopa koja je na snazi 1. srpnja predmetne godine.

Za države članice čija valuta nije euro, prema čl. 2. st. 1. t. 7. b) Direktive „referentnom stopom“ smatra se „istovjetna stopa koju odredi središnja nacionalna banka.“ Mišljenje autora je da se pod izrazom „istovjetna stopa“ treba smatrati repo stopa (bilo fiksna bilo varijabilna) koju primjenjuje središnja nacionalna banka države članice. No, primjećuje se i da se izvan eurozone kao „referentna stopa“ primjenjuju različite stope središnjih nacionalnih banaka.³⁴ Drži se da propisivanje neke druge stope središnje nacionalne banke umjesto repo stope nije protivno odredbama Direktive samo ako je ta druga stopa viša od repo stope središnje nacionalne banke jer će jedino tada biti riječ o rješenju koje je povoljnije za vjerovnike novčanih obveza od onog predviđenog Direktivom.

Čini se iz obrazloženja prijedloga novele ZFPPN-a iz lipnja 2013. da je pri donošenju novele repo stopa HNB-a bila razmatrana kao moguća kamatna stopa koja bi bila prikladna kao osnovica za određivanje zakonske stope zatezних kamata. Navodi se tako u obrazloženju da se „Hrvatska narodna banka povremeno oslanjala

29 O repo aukcijama, repo ugovoru i repo poslu kao instrumentu monetarne politike vidi: Jelić, M., Repo ugovor, u: Slakoper, Z. (ur.), op. cit. u bilj. 2, str. 985. – 1005.

30 Eisenschmidt, J., Hirsch, A. i Linzert, T., Bidding Behaviour in the ECB's Main Refinancing Operations during the Financial Crisis, Frankfurt, European Central Bank Working Paper Series, br. 1052/2009., dostupno na: <<http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwp/cebwp1052.pdf>>, 10. veljače 2014., str. 10.

31 Dalje u tekstu: ECB.

32 Eisenschmidt, J., i dr., loc. cit. u bilj. 30.

33 Obrnute repo aukcije provodile su se prema varijabilnoj stopi u razdoblju od 28. lipnja 2000. do 15. listopada 2008., dok su se u prethodnom razdoblju te razdoblju koje je uslijedilo pa do danas provodile prema fiksnoj repo stopi - prema podacima ECB-a dostupnim na: <<http://www.ecb.int/stats/monetary/rates/html/index.en.html>>, 10. veljače 2014.

34 Primjerice, „referentna stopa“ je u Češkoj repo stopa Češke narodne banke, a u Poljskoj lombardna stopa Narodne banke Poljske (prema: Reifner, U., Clerc-Renaud, S. i Knobloch, M., Study on Interest Rate Restrictions in the EU - Final Report for the EU Commission DG Internal Market and Services, Project No. ETD/2009/IM/H3/87, Brussels/Hamburg/Mannheim, Institut für Finanzdienstleistungen, 2010., str. 89. – 90.).

na obratne repo aukcije s trezorskim zapisima Ministarstva financija kojima je kratkoročno upravljala likvidnošću“, no da se „repo stopa Hrvatske narodne banke na obratnim repo aukcijama nije uspjela nametnuti kao referentna kamatna stopa.“³⁵

Prosječna kamatna stopa iz čl. 3. st. 1. t. 20. ZFPPN-a za referentno razdoblje od 1. prosinca 2012. do 31. svibnja 2013. iznosila je 5,40%, a za referentno razdoblje od 1. lipnja 2013. do 30. studenoga 2013. iznosila je 5,35%.³⁶ Prema tomu, referentna stopa u smislu čl. 3. st. 1. t. 20. ZFPPN-a za drugo polugodište 2013. iznosila je 4,40%, a za prvo polugodište 2014. iznosi 4,35%. Stoga zakonska stopa zatezних kamata iz čl. 3. st. 1. t. 19. ZFPPN-a za drugo polugodište 2013. iznosi 12,40%, a za prvo polugodište 2014. iznosi 12,35%. Kako se repo stopa Hrvatske narodne banke u navedenim referentnim razdobljima kreće oko 1%,³⁷ kad bi se zakonska stopa zatezних kamata u skladu s metodologijom predviđenom odredbama Direktive određivala uvećanjem repo stope HNB-a kao referentne stope za osam postotnih poena, zakonska stopa zatezних kamata kretala bi se oko 9%. Prema tomu, prihvati li se opisano tumačenje izraza „istovjetna stopa koju odredi središnja nacionalna banka“ iz čl. 2. st. 1. t. 7. b) Direktive prema kojemu „istovjetnom stopom“ treba smatrati repo stopu središnje nacionalne banke, te prihvati li se tumačenje da propisivanje neke druge stope središnje nacionalne banke umjesto repo stope nije protivno odredbama Direktive samo ako je ta druga stopa viša od repo stope središnje nacionalne banke, može se zaključiti da rješenje ZFPPN-a nije protivno Direktivi jer je prosječna kamatna stopa iz čl. 3. st. 1. t. 20. ZFPPN-a barem za sada viša od repo stope HNB-a. Ovo dovodi do toga da je zakonska stopa zatezних kamata iz ZFPPN-a viša od hipotetske zakonske stope zatezних kamata koja bi se određivala uvećanjem repo stope HNB-a za osam postotnih poena, pa je stoga rješenje iz ZFPPN-a povoljnije za vjerovnike novčanih obveza od drugog mogućeg hipotetskog rješenja.

Zgodno je spomenuti i da bi zakonska stopa zatezних kamata u Hrvatskoj bila po svojoj visini vrlo bliska zakonskoj stopi zatezних kamata u eurozoni kad bi se domaća zakonska stopa zatezних kamata određivala uvećanjem repo stope HNB-a za osam postotnih poena. Naime, referentna stopa ECB-a za drugo polugodište 2013. iznosi 1,00%, a za prvo polugodište 2014. iznosi 0,75%,³⁸ pa stoga zakonska stopa zatezних kamata u eurozoni za odnose koji potpadaju pod primjenu Direktive iznosi za drugo polugodište 2013. 9,00%, a za prvo polugodište 2014. 8,75%.

Zbog paralelne primjene dvije kamatne stope kao osnovne kamatne stope, ovisno o tomu pod primjenu kojeg propisa potpada koji obvezni odnos, neophodno je na ovome mjestu spomenuti i da eskontna stopa za drugo polugodište 2013. i prvo polugodište 2014. iznosi 7%.³⁹ Prema tomu, a u skladu s čl. 29. st. 2. ZOO-a, zakonska stopa zatezних kamata u navedenom razdoblju iznosi 15% za odnose iz trgovačkih ugovora i ugovora između trgovca i osoba javnog prava, a 12% u ostalim odnosima. Koliko je u pogledu visine zakonske stope zatezних kamata problematična paralelna

35 Prijedlog novele ZFPPN-a iz 2013. (vidi *supra* u bilj. 12), str. 5.

36 Prema objavama HNB-a od 4. srpnja 2013. i 24. prosinca 2013., NN br. 86/13. i 1/14.

37 Prema podacima HNB-a dostupnim na: <<http://www.hnb.hr/monet/hmonet.htm>>, 10. veljače 2014.

38 Prema podacima ECB-a (vidi *supra* u bilj. 33).

39 Prema objavama HNB-a od 30. lipnja 2013. i 31. prosinca 2013., NN br. 83/13. i 1/14.

primjena dva pravna režima zatezних kamata posebno će biti vidljivo u dijelu rada u kojemu se utvrđuje polje primjene odredaba ZFPPN-a u odnosu na odredbe ZOO-a.⁴⁰

2.3. Ugovaranje stope zatezних kamata prema čl. 12.a st. 3. ZFPPN-a

Mogućnost ugovaranja zatezних kamata po stopi različitoj od zakonske stope zatezних kamata iz čl. 12.a st. 2. ZFPPN-a ovisit će prema odredbama ZFPPN-a o tomu je li riječ o ugovoru među poduzetnicima ili o ugovoru između poduzetnika i osobe javnog prava u kojemu je osoba javnog prava dužnik novčane obveze.⁴¹

Prema čl. 12.a st. 3. ZFPPN-a, poduzetnici međusobno mogu ugovoriti stopu zatezних kamata, ali ne „veću od stope zakonskih kamata za kašnjenje s plaćanjem“ koja je vrijedila na dan sklapanja ugovora. Prema tomu, u ugovoru među poduzetnicima najviša dopuštena ugovorna stopa zatezних kamata jednaka je po svojoj visini zakonskoj stopi zatezних kamata, a dopušteno je ugovoriti stopu zatezних kamata drukčiju od zakonske samo ako je ugovorena stopa niža od zakonske stope zatezних kamata. Pri tomu se ne bi mogla ugovoriti „nulta stopa“ zatezних kamata, odnosno ugovorom se ne bi mogle unaprijed isključiti zatezne kamate jer čl. 14. st. 1. ZFPPN-a izrijekom propisuje da je ništetna ugovorna odredba kojom se „isključuje, ograničava ili uvjetuje“ pravo vjerovnika na zatezne kamate. Iako među odredbama čl. 14. ZFPPN-a koje govore o ništetnosti pojedinih ugovornih odredbi nije izrijekom određeno da će biti ništetna odredba ugovora među poduzetnicima kojom je ugovorena viša stopa zatezних kamata od zakonske stope zatezних kamata, ništetnost ugovorne odredbe kao pravna posljedica takvog ugovaranja više stope zatezних kamata nastupit će zbog toga što je odredba čl. 12.a st. 3. ZFPPN-a kogentne naravi u pogledu gornje granice ugovaranja stope zatezних kamata. Isto posredno proizlazi i iz čl. 14. st. 8. ZFPPN-a kojom se utvrđenje ništetnosti ugovornih odredbi „o visini stope kamata za kašnjenje s plaćanjem sadržanih u standardiziranim ugovorima“⁴² proglašava kolektivnim interesom vjerovnika novčanih obveza radi čije zaštite ovlaštenu tužitelj može podnijeti tužbu radi zaštite kolektivnih interesa i prava.⁴³

Za ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze ZFPPN ne dopušta mogućnost da se ugovori stopa zatezних kamata drukčija od zakonske stope zatezних kamata. Ugovorna odredba kojom je u takvom ugovoru ugovorena stopa zatezних kamata drukčija od zakonske bit će uvijek ništetna prema čl. 14. st. 7. ZFPPN-a, neovisno o tomu ugovara li se njome ugovorna stopa zatezних kamata koja je viša ili niža od zakonske stope zatezних kamata. Odredba čl. 14. st. 1. ZFPPN-a o ništetnosti ugovorne odredbe kojom se „isključuje, ograničava ili uvjetuje“ pravo vjerovnika na zatezne kamate, te odredba

40 Vidi više *infra* u trećem poglavlju rada.

41 O pojmu poduzetnika vidi više *infra* u odjeljku 3.1., a o pojmu osobe javnog prava u odjeljku 3.2. rada.

42 Ni izraz „standardizirani ugovori“ nije uobičajen termin hrvatskoga obveznog prava, a pod njime zakonodavac vjerojatno misli na formularne ugovore.

43 O općem zakonskom okviru za tužbu radi zaštite kolektivnih interesa i prava vidi: Dika, M., Postupak u sporovima za zaštitu kolektivnih interesa i prava, u: Slovinić, J. (ur.), *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011.*, Zagreb, Novi informator, 2011., str. 57. – 72.

čl. 14. st. 8. ZFPPN-a kojom se utvrđenje ništetnosti ugovornih odredaba proglašava kolektivnim interesom vjerovnika novčanih obveza, primjenjuju se i na ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze.

Opisanim odredbama ZFPPN-a u znatno je većem stupnju ograničena stranačka autonomija u pogledu ugovaranja stope zatezних kamata nego što li je to slučaj s općim uređenjem iz ZOO-a. Prema čl. 29. st. 3. u vezi s čl. 26. st. 1. i 2. ZOO-a, i u trgovačkim ugovorima i u ugovorima između trgovca i osobe javnog prava moguće je ugovoriti stopu zatezних kamata drukčiju od zakonske stope zatezних kamata, ali najviše do zakonske stope zatezних kamata koja je vrijedila na dan sklapanja ugovora uvećane za polovinu te stope. Ugovorna odredba kojom bi se ugovorila viša stopa zatezних kamata od najviše dopuštene ugovorne stope zatezних kamata bila bi ništetna jer su odredbe čl. 29. st. 3. i čl. 26. st. 2. ZOO-a kogentne naravi. Ugovaranje stope zatezних kamata više od zakonske stope zakonskih kamata do najviše dopuštene ugovorne stope zatezних kamata podložno je, prema čl. 29. st. 4. i 5. ZOO-a, ocjeni je li tako ugovorenom stopom zatezних kamata suprotno načelu savjesnosti i poštenja prouzročena očigledna neravnopravnost u pravima i obvezama ugovornih strana, pri čemu se u obzir uzimaju okolnosti slučaja, a poglavito trgovački običaji i narav predmeta obveze, a između ostalog i postojanje opravdanih razloga za odstupanje od zakonske stope zatezних kamata, te ako jest, ugovorna odredba o ugovornoj stopi zatezних kamata je ništetna. U pravnoj literaturi nema suglasnog mišljenja o tome je li ili nije moguće prema ZOO-u valjano ugovoriti „nultu stopu“ zatezних kamata, odnosno je li moguće valjano ugovorom unaprijed isključiti pravo vjerovnika na zatezne kamate.⁴⁴

U odnosu na ugovore među poduzetnicima odredbe ZFPPN-a strože su i od odredaba Direktive 2011/7/EU. Naime, prema čl. 2. st. 1. t. 5. Direktive, poduzetnici mogu ugovoriti i višu i nižu kamatnu stopu od zakonske stope zatezних kamata bez ikakvih predviđenih ograničenja visine kamatne stope.⁴⁵ Odredbama čl. 7. Direktive 2011/7/EU države članice obvezane su ugovaranje stope zatezних kamata učiniti podložnim ocjeni je li takva ugovorna odredba izrazito nepoštena prema vjerovniku novčane obveze. Ona će po prirodi stvari to moći biti samo ako je riječ o ugovaranju niže stope zatezних kamata od Direktivom predviđene zakonske stope zatezних kamata.⁴⁶ S obzirom na to da je za vjerovnike novčanih obveza povoljnije uređenje prema kojemu oni mogu ugovoriti višu ugovornu stopu zatezних kamata od zakonske

44 Da obvezu plaćanja zatezних kamata nije moguće ugovorom isključiti drži: Eraković, A., op. cit. u bilj. 2, str. 39.; a to je i stajalište koje preteže u sudskoj praksi o čemu uz popis relevantnih sudskih odluka vidi u: Giunio, M. A., *Pravno...* cit. u bilj. 2, str. 201. - 202. Suprotno ističe Slakoper u: Slakoper, Z., i dr., op. cit. u bilj. 2, str. 377.; Slakoper, Z., (ur.), op. cit. u bilj. 2, str. 152.

45 O ugovornoj stopi zatezних kamata prema odredbama Direktive 2011/7/EU vidi opširno: Tot, I., op. cit. u bilj. 3, str. 784 – 786.

46 *Ibid.*, str. 785. Tako i: Giunio, M. A., Rokovi ispunjenja novčanih obveza u poduzetničkim ugovorima – EU direktive i hrvatski zakon, u: Barbić, J. i Giunio, M. A. (ur.), *Zbornik 50. jubilarnog susreta pravnika Opatija 2012.*, Zagreb, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, 2012., str. 187.

stope zatezних kamata, zabrana ugovaranja više stope zatezних kamata od zakonske stope zatezних kamata predviđena za ugovore među poduzetnicima u čl. 12.a st. 3. ZFPPN-a je rješenje koje je nepovoljnije za vjerovnike novčanih obveza od rješenja predviđenog Direktivom. U tom smislu odredba čl. 12.a st. 3. ZFPPN-a nije u skladu s odredbama i ciljevima Direktive, pa ju je *de lege ferenda* potrebno izmijeniti tako da se za ugovore među poduzetnicima dopusti mogućnost ugovaranja više stope zatezних kamata od zakonske stope zatezних kamata.

Za ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je dužnik novčane obveze osoba javnog prava, Direktiva 2011/7/EU ne dopušta mogućnost ugovaranja stope zatezних kamata drukčije od zakonske stope zatezних kamata.⁴⁷ U tom pogledu je odgovarajuće rješenje ZFPPN-a u skladu s Direktivom. Međutim, kako bi mogućnost ugovaranja više stope zatezних kamata u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je dužnik novčane obveze osoba javnog prava bila povoljnije rješenje za poduzetnike kao vjerovnike novčanih obveza, te s obzirom na to da su Direktivom dopuštena odstupanja od njezinih odredbi u nacionalnom pravu ako su odredbe nacionalnog prava za vjerovnike povoljnije od odredaba Direktive, ne bi bilo protivno Direktivi rješenje prema kojemu bi i u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je dužnik novčane obveze osoba javnog prava bilo dopušteno ugovaranje stope zatezних kamata koja je viša od zakonske stope zatezних kamata. Stoga se predlaže *de lege ferenda*, a radi postizanja višeg stupnja zaštite vjerovnika, izmijeniti odredbe ZFPPN-a na način da se, slično kao i općim uređenjem iz ZOO-a, dopusti ugovaranje stope zatezних kamata više od zakonske stope i za ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze. Pri tomu valja imati na umu da bi bilo protivno Direktivi u pogledu ovih ugovora dopustiti odredbom nacionalnog prava ugovaranje stope zatezних kamata niže od zakonske stope jer bi takvo rješenje nacionalnog prava bilo nepovoljnije za poduzetnike kao vjerovnike novčanih obveza od rješenja predviđenog Direktivom.

3. POLJE PRIMJENE ODREĐABA ZFPPN-A O ZATEZNYM KAMATAMA

Glavnina odredbi ZFPPN-a o zateznych kamatama sadržana je u čl. 12.a ZFPPN-a koji je smješten u odjeljku 4. glave II. ZFPPN-a. Prema čl. 10.a st. 1. ZFPPN-a, odredbe odjeljka 4. primjenjuju se na “poslovne transakcije između poduzetnika i između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze”. Glava II. primjenjuje se, prema čl. 4. st. 1. ZFPPN-a na “trgovačka društva”, “a na odgovarajući način i na druge poduzetnike”, ali se prema čl. 4. st. 3. ZFPPN-a odredbe glave II. ne primjenjuju na „financijske institucije, kreditne unije, investicijska društva i društva za upravljanje investicijskim fondovima, kreditne institucije, društva za osiguranje i reosiguranje, leasing društva, institucije za platni promet čija je pretežita djelatnost pružanje platnih usluga i institucije za elektronički novac čija je pretežita djelatnost izdavanje elektroničkog novca.“

Iz navedenih odredaba ZFPPN-a razvidno je kako se uređenje zateznych kamata

47 Tot, I., op. cit. u bilj. 3, str. 785.

iz ZFPPN-a kao *lex specialis* u odnosu na opće uređenje zatezних kamata iz ZOO-a, primjenjuje samo na one odnose koji potpadaju pod pojam:

1. poslovne transakcije između poduzetnika od kojih niti jedan nije pružatelj financijskih usluga (taksativno naveden u čl. 4. st. 3. ZFPPN-a),
2. poslovne transakcije između poduzetnika koji nije pružatelj financijskih usluga (taksativno naveden u čl. 4. st. 3. ZFPPN-a) i osobe javnog prava, a u kojoj je osoba javnog prava dužnik novčane obveze.

Za potpunije razumijevanje polja primjene odredaba ZFPPN-a o zatezним kamatama u odnosu na polje primjene odredaba ZOO-a o zatezним kamatama neophodno je prije svega pojasniti značenje pojmova „poslovne transakcije“, „poduzetnik“ i „osoba javnog prava“ sadržanih i definiranih u odredbama ZFPPN-a, a potom i razgraničiti navedene pojmove od pojmova „trgovački ugovori“, „trgovac“ i „osoba javnog prava“ sadržanih u odredbama ZOO-a, a što se čini u narednim odjeljcima rada, pri čemu se ocjenjuje i usklađenost odredaba ZFPPN-a i ZOO-a s Direktivom 2011/7/EU.

3.1. Pojam „poduzetnik“ iz čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a

Prema čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a, poduzetnik je „fizička i pravna osoba, koja samostalno obavlja gospodarsku ili profesionalnu djelatnost radi ostvarivanja prihoda, dohotka, dobiti ili drugih gospodarski procjenjivih koristi.“

Kao očiti uzor pri definiranju pojma poduzetnika citiranom odredbom ZFPPN-a zakonodavcu je poslužila definicija pojma poduzetnika sadržana u čl. 39. st. 1. OPZ-a,⁴⁸ a prema kojoj je poduzetnik „svaka fizička ili pravna osoba, udružene osobe ili imovinska masa bez pravne osobnosti koja gospodarsku djelatnost obavlja samostalno, trajno i radi ostvarivanja prihoda, dohotka, dobiti ili drugih gospodarski procjenjivih koristi“. Usporede li se navedene dvije definicije pojma poduzetnika vidljivo je ponajprije da udružene osobe i imovinska masa bez pravne osobnosti koje se smatraju poduzetnikom u smislu citirane odredbe OPZ-a, uz uvjete postavljene tom odredbom, ne ulaze u pojam poduzetnika u smislu citirane odredbe ZFPPN-a.

Daljnja razlika između navedene dvije definicije jest i u tomu što se poduzetnikom prema OPZ-u smatraju oni subjekti koji, uz druge uvjete, gospodarsku djelatnost obavljaju trajno, dok element trajnosti obavljanja djelatnosti nije naveden u definiciji pojma poduzetnika sadržanoj u ZFPPN-u. Iz ovoga bi se moglo zaključiti da se poduzetnikom u smislu ZFPPN-a smatraju i oni subjekti koji gospodarsku djelatnost ne obavljaju trajno, već prigodno ili jednokratno. Međutim, takav zaključak bio bi pogrešan jer je element trajnosti obavljanja djelatnosti imanentan pojmu gospodarske djelatnosti. Naime, i odredbu čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a i odredbu čl. 39. st. 1. OPZ-a karakterizira slična nespretna redakcija koja je prisutna i u okviru definicije pojma trgovca sadržane u čl. 1. st. 1. ZTD-a.⁴⁹ Analizirajući pojam trgovca iz ZTD-a, Parać

48 Opći porezni zakon, NN br. 147/08., 18/11., 78/12., 136/12. i 73/13. (dalje u tekstu: OPZ).

49 U odredbi čl. 1. st. 1. Zakona o trgovačkim društvima (NN br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 152/11., 111/12., 144/12. i 68/13.; dalje u tekstu: ZTD) sadržan je opći pojam trgovca: „Trgovac je, ako ovim Zakonom nije drugačije određeno, pravna

je u pogledu odredbe čl. 1. st. 1. ZTD-a istaknuo kako „umjesto da trgovcem smatra osobu koja obavlja gospodarsku djelatnost, pri čemu bi gospodarska djelatnost bila samo ona koja se obavlja trajno, samostalno, djelovanjem na tržištu i radi ostvarivanja dobiti, ona od trgovca očekuje da gospodarsku djelatnost obavlja na navedeni način.“⁵⁰ Kritika koju Parać upućuje definiciji pojma trgovca iz ZTD-a primjerena je i u kontekstu pojma poduzetnika iz ZFPPN-a. Valjalo bi stoga pojam poduzetnika iz ZFPPN-a tumačiti tako da je tim pojmom obuhvaćena svaka fizička i pravna osoba koja obavlja gospodarsku djelatnost, a da je gospodarska djelatnost ona djelatnost koja se obavlja trajno, samostalno, aktivnim djelovanjem na tržištu i radi ostvarivanja prihoda, dohotka, dobiti ili „drugih gospodarski procjenjivih koristi.“⁵¹

Osim fizičkih i pravnih osoba koje obavljaju gospodarsku djelatnost, poduzetnikom se prema odredbi čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a smatraju i fizičke i pravne osobe koje obavljaju profesionalnu djelatnost. Stoga su pod pojmom poduzetnika iz ZFPPN-a obuhvaćene i osobe slobodnih zanimanja,^{52, 53} koje na tržištu obavljaju djelatnosti koje se tradicionalno ne smatraju gospodarskim djelatnostima, iako su te djelatnosti po svemu uvelike usporedive s gospodarskim djelatnostima. Ovakav pristup zakonodavca kojim se uspostavlja jednaki pravni režim i za osobe slobodnih zanimanja i za osobe koje obavljaju gospodarsku djelatnost, uz to što predstavlja dobrodošlo rješenje koje je u skladu s logikom suvremenog tržišnoga gospodarstva,

ili fizička osoba koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga na tržištu.”

- 50 Parać, Z., *Trgovac – tko je i tko bi mogao (trebao) biti*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 40, sv. 6./2001, str. 107.
- 51 Parać vezano uz pojam gospodarski procjenjivih koristi ističe da se one „ne bi morale neposredno sastojati u novčanom prihodu ili u novčano iskazanoj tekućoj dobiti, nego i u nekim drugim komercijalno izrazivim dobrima ili vrijednostima kao što su poslovni ugled, zadržavanje klijentele, poboljšanje položaja na tržištu, razvoj itd.“ (ibid., str. 110. – 111.). O samostalnosti, trajnosti i aktivnom djelovanju na tržištu radi ostvarivanja dobiti, odnosno drugih gospodarski procjenjivih koristi, kao sastavnim elementima pojma gospodarske djelatnosti vidi više u: ibid, str. 106. – 111. O pojmu gospodarske djelatnosti vidi opširno i u: Petrović, S., *Pravni oblici pravnih osoba za obavljanje djelatnosti – pretpostavke i posljedice*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 56, Posebni broj, 2006., str. 92. – 96.; Tepeš, N. i Petrović, S., *Kontrola nepoštenih ugovornih odredaba s posebnim osvrtom na trgovačke ugovore*, u: Tomljenović, V., Petrić, S. i Miščenić, E. (ur.), *Nepoštene ugovorne odredbe – Europski standardi i hrvatska provedba*, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2013., str. 61. – 69. Također, o elementima općeg pojma trgovca vidi i u: Barbić, J., *Pravo društava – Knjiga prva – Opći dio*, Zagreb, Organizator, 2008., str. 167. – 168.; Gorenc, V., Slakoper, Z., Filipović, V. i Brkanić, V., *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, Zagreb, RRiF Plus, 2004., str. 5. – 6.; Slakoper, Z. i Buljan, V., *Trgovačka društva prema Zakonu o trgovačkim društvima i domaćoj i inozemnoj sudskoj praksi*, Zagreb, TEB – Poslovno savjetovanje, 2010., str. 5. – 6.
- 52 Među osobe slobodnih zanimanja ubrajaju se odvjetnici, javni bilježnici, revizori, liječnici, ljekarnici, stomatolozi, medicinske sestre, sanitarni inženjeri, radni terapeuti, osobe koje se bave edukacijsko-rehabilitacijskom djelatnošću, psiholozi, socijalni radnici, arhitekti, projektanti, inženjeri geodezije; o čemu više vidi u: Tot, I., *Zatezne kamate između osoba slobodnih zanimanja*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 51, br. 3/2012, str. 849 – 854.
- 53 Da osobe slobodnih zanimanja ulaze u pojam poduzetnika iz čl. 3. st. 1. ZFPPN-a vidljivo je i iz obrazloženja prijedloga novele ZFPPN-a iz lipnja 2013. (vidi bilj. 12), str. 4., a takvo stajalište u domaćoj pravnoj literaturi zastupa i, primjerice: Šimunec, N., op. cit. u bilj. 4, str. 146.

nije strano ni hrvatskom pravu koje u pojedinim posebnim propisima izjednačava osobe slobodnih zanimanja sa subjektima koji obavljaju gospodarsku djelatnost.⁵⁴

3.1.1. Razgraničenje pojma „poduzetnik“ iz čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a i pojma „trgovac“ iz čl. 14. st. 2. i čl. 29. st. 2. ZOO-a

Odredba čl. 29. st. 2. ZOO-a uređuje zakonsku stopu zateznih kamata „na odnose iz trgovačkih ugovora“. Odredba čl. 14. st. 2. ZOO-a određuje da su trgovački ugovori „ugovori što ih sklapaju trgovci među sobom u obavljanju djelatnosti koje čine predmet poslovanja barem jednog od njih ili su u vezi s obavljanjem tih djelatnosti.“

Pojam „trgovac“ sadržan u čl. 29. st. 2. ZOO-a te u subjektivnoj komponenti definicije pojma „trgovački ugovori“ iz čl. 14. st. 2. ZOO-a mogao bi se interpretirati autonomno ili upućivanjem na opći pojam trgovca sadržan u čl. 1. st. 1. ZTD-a.⁵⁵ Autor se priklanja tumačenju prema kojemu ZOO ne sadrži autonomnu definiciju pojma trgovca i prema kojemu su za opći pojam trgovca isključivo mjerodavne odredbe ZTD-a, a koje je zastupljeno i u dijelu pravne literature,⁵⁶ kao i u sudskoj praksi.⁵⁷

Prema čl. 1. st. 1. ZTD-a, trgovac je, ako ZTD-om nije drukčije određeno, „pravna ili fizička osoba koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga na tržištu.“ Usporedi li se opći pojam trgovca iz citirane odredbe ZTD-a s definicijom pojma poduzetnika iz ZFPPN-a, dolazi se do zaključka da je svaka fizička i pravna osoba koja ulazi u opći pojam trgovca iz ZTD-a ujedno i poduzetnik u smislu ZFPPN-a.

Trgovačka društva, u skladu s čl. 2. st. 5. ZTD-a, uvijek su trgovci, neovisno o tomu obavljaju li gospodarsku ili neku drugu djelatnost. Sva trgovačka društva bit

54 Tako je, primjerice, u čl. 3. st. 1. al. 16. Zakona o zaštiti potrošača (NN br. 79/07., 125/07., 79/09., 89/09., 133/09., 78/12. i 56/13.) propisano da je trgovac „bilo koja osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u okviru svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti, kao i osoba koja nastupa u ime ili za račun trgovca“. Odredbom čl. 3. st. 1. al. 4. Zakona o nedopuštenom oglašavanju (NN br. 43/09.) određeno je da je trgovac „fizička ili pravna osoba koja djeluje u svrhe koje su u vezi s njezinom poslovnom djelatnošću, odnosno djelatnošću slobodnog zanimanja, kao i bilo koja osoba koja djeluje u njezino ime ili za njezin račun.“ Također, osobe slobodnih zanimanja ulaze i u pojam poduzetnika iz čl. 3. st. 1. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (NN br. 79/09. i 80/13.).

55 Teze o dvojakom mogućem tumačenju pojma trgovca iz odredaba ZOO-a iznio je Parać u kontekstu odredaba ranijeg ZOO-a (Parać, Z., op. cit. u bilj. 50, str. 115. – 123.), no izneseni zaključci su i dalje aktualni te vrijede i u kontekstu novoga ZOO-a (tako i Petrović, S., op. cit. u bilj. 51, str. 90.).

56 Primjerice, Gorenc ističe da je subjektivna komponenta pojma trgovačkog ugovora ostavljena ZTD-u: Gorenc, V. (ur.), op. cit. u bilj. 2, str. 29. Suprotno, Momčinović smatra da je ZOO odredio specijalan pojam trgovca i zaključuje da su trgovci u smislu ZOO-a osobe koje ZTD kvalificira kao trgovce i osobe koje su kao trgovci određene ZOO-om za potrebe njegove primjene: Momčinović, H., Trgovački ugovori i trgovci u Zakonu o obveznim odnosima, Pravo u gospodarstvu, vol. 49, br. 1, 2010., str. 248.

57 Recentne objavljene sudske odluke pri određivanju je li neki ugovor trgovački ugovor u smislu odredaba ZOO-a bez iznimke upućuju na isključivu primjenu općeg pojma trgovca iz ZTD-a, ne pokušavajući stvoriti autonomnu definiciju trgovca u okviru ZOO-a, o čemu opširnije uz popis sudskih odluka vidi u: Tot, I., op. cit. u bilj. 52, str. 856.

će i poduzetnici u smislu ZFPPN-a, a to osim iz definicije pojma poduzetnika dane u odredbi čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a proizlazi i iz čl. 4. st. 1. ZFPPN-a kojim je određeno da se glava II. ZFPPN-a (u kojoj su sadržane i odredbe o zatezним kamatama) odnosi na trgovačka društva „a na odgovarajući način i na druge poduzetnike.“

Osobe koje se bave slobodnim zanimanjima uređenim posebnim propisima, prema čl. 1. st. 2. ZTD-a smatraju se trgovcima u smislu odredaba ZTD-a samo ako je to u tim posebnim propisima određeno. Međutim, ni u jednom od brojnih posebnih propisa kojima se uređuje sadržaj, ciljevi, uvjeti i načini obavljanja, organizacija i nadzor djelatnosti pojedinih slobodnih zanimanja nije izrijeком određeno da se osobe slobodnih zanimanja koje samostalno obavljaju djelatnost pojedinog slobodnog zanimanja smatraju trgovcima u smislu odredaba ZTD-a⁵⁸ Stoga osobe slobodnih zanimanja u hrvatskom pravu trenutno nisu obuhvaćene pojmom trgovca iz ZTD-a unatoč otvorenoj mogućnosti da se posebnim zakonom izričito drukčije odredi. Osobe slobodnih zanimanja, neovisno o tomu jesu li ili nisu trgovci, bit će uvijek poduzetnici u smislu odredbe čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a jer tako izrijeком proizlazi iz definicije pojma poduzetnik dane u toj odredbi ZFPPN-a.

Iako je moguće da bi ulazili u opći pojam trgovca iz čl. 1. st. 1. ZTD-a,⁵⁹ individualni poljodjelci izrijeком su isključeni iz pojma trgovca odredbom čl. 1. st. 3. ZTD-a. Međutim, to ne znači i da se individualni poljodjelci ne bi mogli smatrati poduzetnicima u smislu odredbe čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a.

Obrtnici su uvijek trgovci jer ulaze u opći pojam trgovca iz ZTD-a, neovisno o tomu jesu li ili nisu upisani u sudski registar kao trgovci pojedinci u smislu čl. 3. ZTD-a.⁶⁰ Oni su uvijek i poduzetnici u smislu ZFPPN-a što proizlazi i iz usporedbe definicije općeg pojma trgovca iz ZTD-a s definicijom pojma poduzetnika iz odredbe čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a, i iz ispitivanja pojedinih komponenata definicije pojma poduzetnika iz te odredbe ZFPPN-a.

Ne upuštajući se u daljnju detaljniju analizu statusa pojedinih pravnih subjekata, kao što su to nositelji obiteljskih poljoprivrednih gospodarstava,⁶¹ zadruge,⁶² ustanove⁶³

58 Ibid., str. 850. – 851.

59 U istom smislu: Gorenc, V., i dr., op. cit. u bilj. 51., str. 6.

60 Tako i: Barbić, J., op. cit. u bilj. 51, str. 167.; Buljan u: Slakoper, Z. i Buljan, V., op. cit. u bilj. 51, str. 5.; Petrović, S., Obrt – pojam, djelatnosti, pravni oblik, odgovornost, u: Uzelac, A., Garašić, J. i Maganić, A. (ur.), Djelotvorna pravna zaštita u parničnom postupku – Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, Liber amicorum Mihajlo Dika, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013., str. 1075.; Slakoper u: Slakoper, Z., i dr., op. cit. u bilj. 2, str. 91.

61 Iako individualni poljodjelci nisu trgovci, poljoprivrednici koji obavljaju poljoprivrednu djelatnost u okviru obiteljskog poljoprivrednog gospodarstva kao nositelji tih proizvodno gospodarskih jedinica jesu trgovci u smislu odredbe čl. 1. st. 1. ZTD-a (tako i Buljan u: Slakoper, Z. i Buljan, V., op. cit. u bilj. 51, str. 6.). Stoga bi oni ulazili i u pojam poduzetnika iz ZFPPN-a.

62 Zadruga ispunjava sve uvjete koji se traže da bi se nekoga smatralo trgovcem (tako i: Barbić, J., op. cit. u bilj. 51, str. 169.; Petrović, S., op. cit. u bilj. 51, str. 105.), pa je valja smatrati i poduzetnikom u smislu ZFPPN-a.

63 Opširno o ustanovama i drugim pravnim oblicima za obavljanje djelatnosti vidi u: Petrović, S., op. cit. u bilj. 51, str. 103. – 122.

i sl., moguće je i na temelju do sada izloženoga zaključiti kako je pojam poduzetnika iz odredbe čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a širi pojam od općeg pojma trgovca iz odredbe čl. 1. st. 1. ZTD-a. Pod pojmom poduzetnika obuhvaćene su sve osobe koje su trgovci u smislu ZTD-a, ali i sve druge fizičke i pravne osobe koje samostalno obavljaju gospodarsku ili profesionalnu djelatnost radi ostvarivanja prihoda, dohotka, dobiti ili drugih gospodarski procjenjivih koristi, premda nisu trgovci u smislu ZTD-a.

Kako ZOO po mišljenju autora ne sadrži autonomnu definiciju pojma trgovca već je pojam trgovca iz odredaba ZOO-a potrebno tumačiti u skladu s općim pojmom trgovca iz ZTD-a, razgraničenje između pojma poduzetnika iz ZFPPN-a i općeg pojma trgovca iz ZTD-a vrijedi odgovarajuće i kao razgraničenje između pojma poduzetnika iz ZFPPN-a i pojma trgovca sadržanog u odredbama ZOO-a.

3.1.2. Usklađenost čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a s Direktivom 2011/7/EU

U čl. 2. st. 1. t. 3. Direktive 2011/7/EU, pojam „poduzetnik“ definiran je kao svaki subjekt „osim javne vlasti, koji djeluje u okviru svoje samostalne gospodarske ili profesionalne djelatnosti, čak i kada takvu djelatnost obavlja jedna osoba”.⁶⁴

Namjera ostvarivanja dobiti ili drugih gospodarski procjenjivih koristi nije konstitutivni element definicije pojma poduzetnika u smislu citirane odredbe Direktive. U tome pogledu definicija pojma poduzetnika iz Direktive bliska je širokoj funkcionalnoj definiciji pojma poduzetnika koju je razvio Europski sud u svojim odlukama iz područja prava tržišnog natjecanja, a prema kojoj se poduzetnicima smatraju i entiteti čija djelatnost nije usmjerena na ostvarivanje dobiti već nekih drugih ciljeva.⁶⁵ Odnosno prema njoj namjera ostvarivanja dobiti nije bitna za definiciju gospodarske djelatnosti već je dovoljna i sama mogućnost ostvarivanja dobiti pa sama činjenica da je određeni subjekt neprofitan ne utječe na gospodarski karakter djelatnosti.⁶⁶ Premda Europski sud nije još imao prilike interpretirati pojam poduzetnika iz Direktive 2011/7/EU, a ni istovjetan pojam definiran ranijom Direktivom 2000/35/EZ koja je zamijenjena Direktivom 2011/7/EU,⁶⁷ za pretpostaviti je da će Europski sud u svojim odlukama koje će se ticati tumačenja odredaba Direktive 2011/7/EU pojam poduzetnika interpretirati tako je ranije interpretiran pojam poduzetnika u

64 Opširnije o pojmu poduzetnika iz Direktive 2011/7/EU vidi u: Tot, I., *Pojmovi “poduzetnik” i “javna vlast” iz Direktive 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima*, Hrvatska pravna revija, vol. 12, br. 12/2012, str. 22. – 24.

65 Šoljan, V., *Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja* Europske zajednice, Zagreb, Ibis grafika, 2004., str. 130.

66 Pošćić, A., *Pojam poduzetnika u europskom pravu tržišnog natjecanja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 2, 2008., str. 924.

67 Direktiva 2011/7/EU preinaka je ranije Direktive 2000/35/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. lipnja 2000. o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (*Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions*), OJ L 200, 8.8.2000. (dalje u tekstu: Direktiva 2000/35/EZ). Direktiva 2000/35/EZ definiciju pojma poduzetnik sadrži u čl. 2. st. 1. t. 1. Direktive 2000/35/EZ, a ta je odredba gotovo u cijelosti istovjetna odredbi čl. 2. st. 1. t. 3. Direktive 2011/7/EU.

pravu tržišnog natjecanja.⁶⁸

Prihvati li se opisana interpretacija pojma poduzetnika iz Direktive, za primijetiti je i da odredba čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a sadrži užu definiciju pojma poduzetnika u koji ulaze subjekti koji gospodarsku ili profesionalnu djelatnost obavljaju s namjerom ostvarivanja gospodarski procjenjivih koristi, ali ne i subjekti čija bi se djelatnost mogla okarakterizirati kao gospodarska ili profesionalna unatoč tomu što je ne obavljaju s namjerom ili s ciljem ostvarivanja gospodarski procjenjivih koristi. Bilo bi stoga poželjno, radi postizanja višeg stupnja usklađenosti s Direktivom, *de lege ferenda* intervenirati u odredbu čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a tako da se iz definicije pojma poduzetnika izostavi komponenta namjere ostvarivanja gospodarski procjenjivih koristi.

Pojmom poduzetnika iz Direktive 2011/7/EU obuhvaćene su i osobe slobodnih zanimanja, što je dodatno naglašeno i u odredbi t. 10. preambule Direktive u kojoj je istaknuto kako činjenica da se Direktiva primjenjuje i na osobe koje se bave slobodnim zanimanjima “ne obvezuje države članice da ih smatraju poduzetnicima ili trgovcima u svrhe koje su izvan područja primjene Direktive.” S obzirom na to da su osobe slobodnih zanimanja obuhvaćene pojmom poduzetnika iz ZFPPN-a, u ovom je pogledu ZFPPN usklađen s Direktivom.

3.2. Pojam „osoba javnog prava“ iz čl. 3. st. 1. t. 2. ZFPPN-a

Prema čl. 3. st. 1. t. 2. ZFPPN-a, osobe javnog prava su “javni naručitelji kako su uređeni propisima o javnoj nabavi i sektorski naručitelji kako su uređeni propisima o javnoj nabavi, osim trgovačkih društava koja odgovaraju definiciji poduzetnika.” Suvršim se čini dio odredbe „koja odgovaraju definiciji poduzetnika“ jer, kao što je to pojašnjeno u odjeljku 2.1.2. rada, sva su trgovačka društva poduzetnici u smislu odredaba ZFPPN-a te nema trgovačkih društava koja ne bi odgovarala definiciji poduzetnika. To što su neka trgovačka društva obvezna postupati po propisima o javnoj nabavi ne odriče im svojstvo poduzetnika u smislu ZFPPN-a. Upućivanje na propise o javnoj nabavi potrebno je shvatiti upućivanjem na Zakon o javnoj nabavi⁶⁹ kao opći propis o javnoj nabavi u kojemu je pojam javnih i sektorskih naručitelja uređen odredbama čl. 5. i 6. ZJN-a.

Prema čl. 5. st. 1. ZJN-a, javni naručitelji su: 1) Republika Hrvatska, odnosno državna tijela Republike Hrvatske; 2) jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave; 3) pravne osobe koje su osnovane za određene svrhe radi zadovoljavanja potreba u općem interesu, koje nemaju industrijski ili trgovački značaj i ispunjavaju jedan od sljedećih uvjeta: da se financiraju iz državnog proračuna ili iz proračuna jedinice lokalne odnosno iz proračuna jedinice područne (regionalne) samouprave ili sredstava drugih takvih pravnih osoba u iznosu većem od 50%, ili da nadzor nad

68 O pojmu poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja s popisom relevantnih odluka Europskog suda opširnije vidi u: Pošćić, A., op. cit. u bilj. 66; Šoljan, V., op. cit. u bilj. 65, str. 123. – 152.; Butorac Malnar, V., Pecotić Kaufman, J. i Petrović, S., *Pravo tržišnog natjecanja*, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013., str. 108. – 110.

69 Zakon o javnoj nabavi, NN br. 90/11., 83/13. i 143/13. (dalje u tekstu: ZJN).

poslovanjem tih pravnih osoba obavljaju državna tijela, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili druge takve pravne osobe, ili da više od polovice članova nadzornog odbora, uprave ili odgovarajućeg tijela za upravljanje te vođenje poslova imenuju državna tijela, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili druge takve pravne osobe; 4) zajednica tijela navedenih pod 1) i 2) ili pravnih osoba navedenih pod 3).

Sektorski naručitelji su, prema čl. 6. st. 1. ZJN-a: 1.) javni naručitelji koji obavljaju jednu ili više sektorskih djelatnosti navedenih u člancima 107. do 112. ZJN-a⁷⁰ kada nabavljaju robu, radove ili usluge za potrebe obavljanja tih djelatnosti; 2.) trgovačka društva u kojima javni naručitelj ili više javnih naručitelja ima ili može imati neposredan ili posredan prevladavajući utjecaj na osnovi njihova vlasništva, financijskog udjela ili na osnovi pravila koja vrijede za društva i koja obavljaju jednu ili više sektorskih djelatnosti kada nabavljaju robu, radove ili usluge za potrebe obavljanja tih djelatnosti; 3.) subjekti koji na temelju posebnog ili isključivog prava koje im je dodijelilo nadležno tijelo obavljaju jednu od sektorskih djelatnosti ili kombinaciju tih djelatnosti kada nabavljaju robu, radove ili usluge za potrebe obavljanja tih djelatnosti, a nisu javni naručitelji ili trgovačka društva u smislu 1.) i 2.).

Činjenica da se ZJN prema čl. 10. ZJN-a ne primjenjuje na određene ugovore koje sklapaju javni naručitelji i sektorski naručitelji ne oduzima osobama koje sklapaju ugovore navedene u čl. 10. ZJN-a svojstvo javnih, odnosno sektorskih naručitelja. Stoga te osobe treba smatrati osobama javnog prava u smislu odredbe čl. 3. st. 1. t. 2. ZFPPN-a neovisno o tome primjenjuju li se odredbe ZFPPN-a o zateznim kamatama na odnose iz ugovora na koje se primjenjuju odredbe ZJN-a ili na odnose iz ugovora na koje se prema odredbama čl. 10. ZJN-a ne primjenjuju odredbe ZJN-a.

3.2.1. Razgraničenje pojma „osoba javnog prava“ iz čl. 3. st. 1. t. 2. ZFPPN-a i pojma „osoba javnog prava“ iz čl. 26. st. 6. i čl. 29. st. 2. ZOO-a

Stopa zateznih kamata predviđena u čl. 29. st. 2. ZOO-a za odnose iz trgovačkih ugovora primjenjuje se prema istoj odredbi i za odnose između trgovca i osobe javnog prava, a prema čl. 26. st. 6. ZOO-a u smislu odredaba ZOO-a „osobe javnog prava su osobe koje su obvezne postupati po propisima o javnoj nabavi, osim trgovačkih društava.“ I ovdje upućivanje na propise o javnoj nabavi treba shvatiti kao upućivanje na ZJN kao opći propis o javnoj nabavi. Stoga pored razlike u redakciji teksta odredaba čl. 3. st. 1. t. 2. ZFPPN-a i čl. 26. st. 6. ZOO-a nema suštinskih razlika između pojma osobe javnog prava sadržanog u tim odredbama, pa i za pojam osoba javnog prava iz čl. 26. st. 6. ZOO-a vrijedi sve navedeno u prethodnom odjeljku rada.

70 Riječ je o djelatnostima na području plina, toplinske i električne energije (čl. 107. ZJN-a), djelatnostima na području vodoopskrbe (čl. 108. ZJN-a), djelatnostima istraživanja ili vadenja nafte, plina, ugljena ili ostalih krutih goriva (čl. 109. ZJN-a), djelatnostima na području prijevoza (čl. 110. ZJN-a), djelatnostima zračnih, morskih i riječnih luka (čl. 111. ZJN-a) te djelatnostima na području poštanskih usluga (čl. 112. ZJN-a) za koje se u nastavku ovog rada rabi pojam sektorske djelatnosti.

3.2.2. Usklađenost čl. 3. st. 1. t. 2. ZFPPN-a s Direktivom 2011/7/EU

Direktiva 2011/7/EU ne rabi pojam osobe javnog prava, već pojam „javna vlast“ koji je u čl. 2. st. 1. t. 2. Direktive definiran kao „bilo koji ugovaratelj definiran točkom (a) članka 2(1) Direktive 2004/17/EZ i člankom 1(9) Direktive 2004/18/EZ, neovisno o predmetu ili vrijednosti ugovora“.⁷¹ U t. 14. preambule Direktive 2011/7/EU dodatno je istaknuto kako se u interesu dosljednosti prava Europske unije definicija izraza „ugovaratelj“ dana u navedenim dvjema direktivama s područja javne nabave primjenjuje i za potrebe Direktive.

Odredba čl. 2. st. 1. t. a) Direktive 2004/17/EZ i odredba čl. 1. st. 9. Direktive 2004/18/EZ, na koje upućuje čl. 2. st. 1. t. 2. Direktive 2011/7/EU, sadrže istovjetnu definiciju pojma „ugovaratelj“ kojim se smatra „država, jedinica regionalne ili lokalne samouprave, tijela uređena javnim pravom, udruženja osnovana od strane jedne ili nekoliko takvih jedinica ili od strane jedne ili nekoliko takvih tijela uređenih javnim pravom.“ Pojam „tijelo uređeno javnim pravom“ definiran je istovjetno navedenim odredbama Direktive 2004/17/EZ i Direktive 2004/18/EZ kao svako tijelo koje: 1) je osnovano za određene svrhe radi zadovoljavanja potreba u općem interesu koje nemaju industrijsku ili trgovačku narav, 2) ima pravnu osobnost i 3) pretežno financira država, jedinice regionalne ili lokalne samouprave ili drugo tijelo uređeno javnim pravom, ili nad poslovanjem kojeg nadzor provode navedene osobe, ili kojemu više od polovice članova uprave, upravnog odbora ili nadzornog odbora imenuju državna tijela, jedinice regionalne ili područne samouprave ili druge osobe uređene javnim pravom.⁷²

Prema čl. 2. st. 2. t. b) Direktive 2004/17/EZ njezine odredbe primjenjuju se i na one ugovorne subjekte koji nisu „ugovaratelji“ niti javni poduzetnici, a koji obavljaju jednu od sektorskih djelatnosti ili kombinaciju tih djelatnosti na temelju posebnog ili isključivog prava koje im je dodijelilo nadležno tijelo države članice. Ovi ugovorni subjekti ne ulaze u pojam javne vlasti iz odredbe čl. 2. st. 1. t. 2. Direktive 2011/7/EU jer definirajući navedenom odredbom pojam javne vlasti Direktiva ne upućuje izričito

71 Definicija pojma „ugovaratelj“ na koji upućuje Direktiva 2011/7/EU dana je u Direktivi 2004/17/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od dana 31. ožujka 2004. godine kojom se usklađuju postupci nabave subjekata koji djeluju u sektorima vodoopskrbe, energetike, prometa i poštanskih usluga (*Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors*, OJ L 134, 30.04.2004.; dalje u tekstu: Direktiva 2004/17/EZ), te u Direktivi 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. godine o koordinaciji postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (*Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts*, OJ L 134, 30.04.2004.; dalje u tekstu: Direktiva 2004/18/EZ).

72 Za razumijevanje pojma „javna vlast“ u smislu Direktive 2011/7/EU bit će stoga posebno važno i tumačenje izraza „ugovaratelj“ i „tijela uređena javnim pravom“ koja je dao Europski sud interpretirajući odredbe Direktive 2004/17/EZ i Direktive 2004/18/EZ, odnosno i ranijih direktiva s područja javne nabave koje su na istovjetan način definirale navedene pojmove, a o kojim tumačenjima više vidi u: Tot, I., op. cit. u bilj. 64, str. 26. – 27.

na odredbu čl. 2. st. 2. t. b) Direktive 2004/17/EZ.⁷³

Odredbe ZJN-a usklađene su s navedenim odredbama Direktive 2004/17/EZ i Direktive 2004/18/EZ. Pojam javnih naručitelja iz čl. 5. st. 1. ZJN-a definiran je sukladno načinu kako je definiran pojam ugovaratelja odredbama čl. 2. st. 1. t. a) Direktive 2004/17/EZ i čl. 1. st. 9. Direktive 2004/18/EZ. Pojam sektorskih naručitelja iz ZJN-a obuhvaća u čl. 6. st. 1. t. 1. ZJN-a ugovaratelje iz odredbe čl. 2. st. 2. t. a) Direktive 2004/17/EZ, a u čl. 6. st. 1. t. 3. ZJN-a ugovorne subjekte iz odredbe čl. 2. st. 2. t. b) Direktive 2004/17/EZ.

Umjesto izraza „javna vlast“ iz Direktive 2011/7/EU, domaći zakonodavac u odredbi čl. 3. st. 1. t. 2. ZFPPN-a rabi termin „osoba javnog prava“ što je poželjno zadržati i dalje kako bi se izbjeglo poistovjećivanje po sadržaju užim pojmovima kao što su „javnopravna tijela“ ili „tijela državne uprave“. Kako i Direktiva i ZFPPN pri definiranju pojma javne vlasti, odnosno pojma osobe javnog prava, upućuju na odgovarajuće propise o javnoj nabavi, te kako je ZJN usklađen s direktivama s područja javne nabave, površnim promatranjem moglo bi se zaključiti da je pojam osobe javnog prava iz ZFPPN-a po svom sadržaju istovjetan pojmu javne vlasti iz Direktive. Međutim, u pojam javne vlasti iz Direktive ne ulaze ugovorni subjekti iz odredbe čl. 2. st. 2. t. b) Direktive 2004/17/EZ, a oni su odredbama čl. 6. st. 1. t. 3. ZJN-a obuhvaćeni pojmom sektorskih naručitelja, a time ulaze i u pojam osobe javnog prava iz ZFPPN-a. Stoga je pojam osobe javnog prava iz odredbe čl. 3. st. 1. t. 2. ZFPPN-a po svom sadržaju širi od pojma javne vlasti iz odredbe čl. 2. st. 1. t. 2. Direktive.

Ovu pojmovnu neusklađenost ZFPPN-a s Direktivom bilo bi poželjno *de lege ferenda* ispraviti tako da se odredba čl. 3. st. 1. t. 2. ZFPPN-a dopuni tako da se izrijekom iz pojma osobe javnog prava isključe oni sektorski naručitelji koji su subjekti iz čl. 6. st. 1. t. 3. ZJN-a. Obveza interpretacije ZFPPN-a u skladu s Direktivom i bez takve zakonodavne intervencije nameće potrebu teleološkog tumačenja pojma osobe javnog prava tako da se iz toga pojma isključe subjekti iz čl. 6. st. 1. t. 3. ZJN-a.⁷⁴ Ipak, valja primijetiti i da nema većih praktičnih negativnih posljedica opisane neusklađenosti ZFPPN-a i Direktive jer su sektorski naručitelji u smislu čl. 6. ZJN-a u pravilu trgovačka društva,⁷⁵ a sva trgovačka društva su izrijekom isključena iz pojma osobe javnoga prava prema čl. 3. st. 1. t. 2. ZFPPN-a.

Opisana neusklađenost ZFPPN-a s Direktivom se odgovarajuće može utvrditi i u odnosu pojma osobe javnog prava iz čl. 26. st. 6. ZOO-a i pojma javne vlasti iz Direktive. Naime, i čl. 26. st. 6. ZOO-a iz pojma osobe javnog prava isključuje

73 Ibid., str. 28., a u istom smislu i: Šafranko, Z., Kritički osvrt na provedbu Direktive 2011/7/EU u hrvatsko pravo, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 51, br. 2/2012, str. 474.

74 Tako i: Šafranko, Z., op. cit. u bilj. 73, str. 474.; Tot, I., op. cit. u bilj. 64, str. 29.

75 Ovo proizlazi iz popisa sektorskih naručitelja sadržanog u čl. 4. Pravilnika o popisu obveznika primjene Zakona o javnoj nabavi (NN br. 19/12; dalje u tekstu: Pravilnik). Međutim, potrebno je imati u vidu i da pojedine sektorske djelatnosti navedene u čl. 4. Pravilnika prema posebnim propisima mogu obavljati i subjekti koji nisu trgovačka društva, kao i da prema čl. 6. st. 4. ZJN-a i one subjekte koji udovoljavaju uvjetima iz čl. 6. st. 1. t. 3. ZJN-a treba uzeti za sektorske naručitelje koji su obveznici primjene ZJN-a i onda kada se ne nalaze na popisu iz čl. 4. Pravilnika.

samo trgovačka društva a ne i druge subjekte koji bi se mogli smatrati sektorskim naručiteljima iz čl. 6. st. 1. t. 3. ZJN-a.

3.3. Pojam „poslovne transakcije“ iz čl. 3. st. 1. t. 16. ZFPPN-a

U čl. 3. st. 1. t. 16. ZFPPN-a, „poslovne transakcije“ definirane su kao „transakcije između poduzetnika ili između poduzetnika i osoba javnog prava koje rezultiraju dobavom robe ili pružanjem usluga za novčanu naknadu.“ Pojam poslovnih transakcija potrebno je protumačiti i s obzirom na odnose koji se mogu podvesti pod taj pojam i s obzirom na subjekte u tim odnosima.

Sam izraz „poslovne transakcije“, neuobičajen u hrvatskoj pravnoj terminologiji, rezultat je nespretnog doslovnog prijevoda engleskog izraza *commercial transactions* sadržanog u nazivu i pojedinim odredbama Direktive 2011/7/EU, pa se s obzirom na interpretativni učinak Direktive značenje pojma poslovnih transakcija ne bi trebalo utvrđivati bez utvrđivanja točnog značenja izraza *commercial transactions* iz Direktive. Međutim, promatra li se definicija pojma poslovnih transakcija iz ZFPPN-a i izolirano od odredaba Direktive, zaključuje se da poslovne transakcije nisu ništa drugo no dvostranoobvezni naplatni ugovori. Naime, ni dvostranoobvezni nenaplatni ugovori, ni jednostranoobvezni ugovori, ni jednostrani pravni poslovi, a ni izvanugovorni odnosi ne bi se mogli označiti nečime što rezultira „dobavom robe ili pružanjem usluga za naknadu.“

Iznenadno uvođenje novog termina „poslovne transakcije“ novelom ZFPPN-a iz lipnja 2013. za odnose koji potpadaju pod uvriježeni pojam ugovora začuđuje imajući u vidu da su i ranije inačice ZFPPN-a, kao i propisi koji su bili na snazi prije stupanja na snagu ZFPPN-a, za odnose koji ulaze u pojam poslovnih transakcija upotrebljavali upravo izraz ugovori,⁷⁶ tim više što su i ti raniji propisi bili ili trebali biti usklađeni s odredbama Direktive 2011/7/EU i ranije Direktive 2000/35/EZ,⁷⁷ pa argument usklađivanja s pravnom stečevinom Europske unije ne opravdava uvođenje novoga termina. Štoviše, definicija pojma poslovnih transakcija bitno je isključivo za primjenu odjeljka 4. glave II. ZFPPN-a u kojoj su sadržani obveznopравни aspekti ZFPPN-a,⁷⁸ dok se u preostalim odredbama ZFPPN-a ne spominje pojam „poslovne

76 Čl. 11. i čl. 12. ZFPPN-a (NN br. 108/12. i 144/12.) prije novele iz lipnja 2013. govorili su o „ugovorima među poduzetnicima“ i „ugovorima između poduzetnika i osobe javnog prava“, čime se na pojmovnoj razini slijedilo istovjetno uređenje iz odredaba čl. 2. i 3. Zakona o rokovima ispunjenja novčanih obveza (NN br. 125/11.; dalje u tekstu: ZRINO) koji je stavljen izvan snage odredbom čl. 92. ZFPPN-a. Odredba čl. 9. ZRINO-a bila je izvan snage stavila odredbe čl. 174. ZOO-a koje su uređivale zakonske rokove ispunjenja novčanih obveza iz „trgovačkih ugovora“ i „ugovora između trgovca i osobe javnog prava.“

77 I prije novele iz lipnja 2013., ZFPPN je 2012. usvojen u transponiranju Direktive 2011/7/EU (vidi: čl. 2. ZFPPN-a, NN br. 108/12. i 144/12.). ZRINO je također usvojen 2011., u transponiranju Direktive 2011/7/EU u hrvatsko pravo, mada je izričito pozivanje na Direktivu izostalo iz teksta ZRINO-a. Odredbe čl. 29. i 174. ZOO-a donesene su u transponiranju ranije Direktive 2000/35/EZ.

78 Riječ je o odredbama o rokovima ispunjenja novčanih obveza (čl. 11. i 12. ZFPPN-a), o posljedicama zakašnjenja dužnika s ispunjenjem novčane obveze (čl. 12.a ZFPPN-a), o posebnoj naknadi za troškove prouzročene vjerovniku zakašnjenjem dužnika s ispunjenjem

transakcije“,⁷⁹ pa je i s obzirom na to neprikladna i neopravdana uporaba pojma koji nije karakteristični pojam terminologije hrvatskoga obveznog prava.⁸⁰ Konačno, i unutar samog odjeljka 4. glave II. na se brojnim mjestima umjesto pojma „poslovne transakcije“ upotrebljava izrazi „ugovori“,⁸¹ a također se koriste i izrazi „ugovoren“ i „ugovoriti“,⁸² za što je najupadljiviji primjer sadržan u čl. 11. st. 1. ZFPPN-a koji glasi: „U poslovnim transakcijama među poduzetnicima može se ugovoriti rok ispunjenja novčane obveze do 60 dana“.

U pogledu subjektivne komponente pojma poslovnih transakcija, potrebno je istaknuti kako se poslovnim transakcijama u smislu ZFPPN-a smatraju samo oni dvostranoobvezni naplatni ugovori koji rezultiraju „dobavom robe ili pružanjem usluga za naknadu“, a koji su sklopljeni između poduzetnika te između poduzetnika i osoba javnog prava. Ugovori sklopljeni između ovih subjekata bit će poslovna transakcija neovisno o tomu sklapaju li se ili ne u obavljanju djelatnosti koje čine predmet poslovanja poduzetnika ili jednog od poduzetnika.

Pojam „poslovne transakcije“ iz čl. 3. st. 1. t. 16. ZFPPN-a, koji je važan isključivo za primjenu odjeljka 4. glave II. ZFPPN-a, dodatno je sužen odredbom čl. 10.a st. 1. ZFPPN-a prema kojoj se odredbe navedenog odjeljka primjenjuju samo na „poslovne transakcije između poduzetnika i između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je osoba javnoga prava dužnik novčane obveze“. *Arg. a contrario* proizlazi da „poslovne transakcije“ između poduzetnika i osoba javnog prava, a u kojima je osoba javnog prava vjerovnik novčane obveze ne ulaze u pojam poslovnih transakcija iz ZFPPN-a.

Kako se prema čl. 4. st. 3. ZFPPN-a odredbe glave II. ne primjenjuju na pružatelje financijskih usluga taksativno navedene u toj odredbi, a koji bi inače ulazili u pojam poduzetnika iz odredbe čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a, time je također sužen pojam „poslovne transakcije“ iz ZFPPN-a. Naime, ako je sudionik u „poslovnoj transakciji“ s osobom javnog prava ili s drugim poduzetnikom poduzetnik koji je pružatelj financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a, na takvu se „poslovnu transakciju“ neće primijeniti odredbe odjeljka 4. glave II. Kako je pojam „poslovne transakcije“ bitan isključivo za primjenu odjeljka 4. glave II., odredba čl. 4. st. 3. ZFPPN-a faktički isključuje poslovnu transakciju u kojoj je jedan od sudionika pružatelj financijskih usluga iz pojma „poslovne transakcije“ definiranog odredbom čl. 3. st. 1. t. 16. ZFPPN-a.

novčane obveze (čl. 13. ZFPPN-a), o ništetnosti pojedinih odredbi ugovora (čl. 14. ZFPPN-a), te o obročnoj otplati (čl. 14.a ZFPPN-a).

79 S iznimkom odredbe čl. 85. st. 1. ZFPPN-a koja propisuje da se poslovne transakcije koje su u vezi s računovodstvenim učinkom predstečajne nagodbe priznaju i mjere, odnosno vrednuju sukladno računovodstvenim propisima.

80 Za više o značenju izraza *transaction* u engleskom pravnom jeziku, odgovarajućim prijevodima izraza *commercial transactions* na hrvatski jezik te o argumentima u potvrdu stava da izraz transakcija nije karakteristični hrvatski pravni termin vidi u: Tot, I., Pojam *commercial transactions* iz Direktive 2011/7/EU, Pravo u gospodarstvu, vol. 51, br. 6/2012, str. 1425. – 1427.

81 Izraz “ugovori” upotrijebljen je u čl. 11. st. 2. – 4., čl. 12. st. 2. i 3. te čl. 14. st. 1. – 8. ZFPPN-a.

82 Izraz “ugovoriti” upotrijebljen je u, primjerice, čl. 11. st. 1., 2. i 6., čl. 12. st. 1. i 2. te čl. 12.a st. 3., a izraz “ugovoren” u, primjerice, čl. 11. st. 3., čl. 12. st. 3. i čl. 12.a st. 3. ZFPPN-a.

3.3.1. Razgraničenje pojma „poslovne transakcije“ iz čl. 3. st. 1. t. 16. ZFPPN-a i pojma „trgovački ugovori“ iz čl. 14. st. 2. i čl. 29. st. 2. ZOO-a

Da bi se ugovor smatrao trgovačkim u smislu čl. 14. st. 2. ZOO-a, pored subjektivnog mjerila koje zahtijeva da su obje ugovorne strane trgovci, nužno mora biti ispunjeno i objektivno mjerilo: da je ugovor sklopljen u okviru djelatnosti koja ulazi u predmet poslovanja barem jednog od trgovaca ili koja je u vezi s obavljanjem tih djelatnosti. Na odnose iz trgovačkih ugovora primijenit će se prema čl. 29. st. 2. ZOO-a zakonska stopa zateznih kamata koja se određuje uvećanjem eskontne stope HNB-a za osam postotnih poena. Ugovor koji sklope trgovci među sobom, a koji ne ispunjava objektivno mjerilo iz definicije trgovačkih ugovora, odnosno koji je sklopljen u okviru djelatnosti koja ne ulazi u predmet poslovanja niti jednog od trgovaca, a nije ni u vezi s obavljanjem djelatnosti koje ulaze u predmet poslovanja barem jednog od trgovaca, nije trgovački ugovor,⁸³ pa će se na odnose iz takvog ugovora prema čl. 29. st. 2. ZOO-a primijeniti zakonska stopa zateznih kamata „na ostale odnose“⁸⁴ koja se određuje uvećanjem eskontne stope HNB-a za pet postotnih poena.

Pojam poslovnih transakcija iz čl. 3. st. 1. t. 16. ZFPPN-a i pojam trgovačkih ugovora iz čl. 14. st. 2. ZOO-a međusobno se djelomično preklapaju. Kako u poslovne transakcije ulaze ugovori između poduzetnika, a svi trgovci u smislu čl. 1. st. 1. ZTD-a su ujedno i poduzetnici iz čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a, moglo bi se zaključiti i da su svi trgovački ugovori u smislu ZOO-a ujedno i ugovori između poduzetnika, a time i poslovne transakcije iz ZFPPN-a. Međutim, takav bi zaključak bio pogrešan iz dva razloga.

Prvo, trgovački ugovor u smislu ZOO-a u kojemu su oba trgovca ili samo jedan od njih ujedno i pružatelji financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a neće ulaziti u pojam poslovne transakcije iz ZFPPN-a jer se prema odredbi čl. 4. st. 3. ZFPPN-a odredbe glave II. ZFPPN-a ne primjenjuju na pružatelje financijskih usluga taksativno navedene u toj odredbi. Stoga će za ove trgovačke ugovore i dalje vrijediti stopa zateznih kamata za odnose iz trgovačkih ugovora iz čl. 29. st. 2. ZOO-a.

Drugo, u pojam poslovne transakcije ulaze samo dvostranoobvezni naplatni ugovori koji rezultiraju „dobavom robe ili pružanjem usluga za naknadu.“ Dvostranoobvezni nenaplatni ugovori, jednostranoobvezni ugovori ili dvostranoobvezni naplatni ugovori koji ne bi rezultirali „dobavom robe ili pružanjem usluga za naknadu“,⁸⁵ iako trgovački ugovori u smislu ZOO-a, ne bi ujedno mogli biti smatrani i poslovnim transakcijama u smislu ZFPPN-a. Prema tomu, i na takve će se

83 Tako i: Parać, Z., Trgovački ugovor, potrošači, lucrum cessans (i još ponešto), Pravo u gospodarstvu, vol. 47, br. 3/2008, str. 523.; Slakoper, Z., i dr., op. cit. u bilj. 2, str. 239.

84 Pod „ostalim odnosima“ u smislu čl. 29. st. 2. ZOO-a, pored onih ugovornih odnosa koji nisu odnosi iz trgovačkih ugovora i ugovora između trgovca i osoba javnog prava, razumijevaju se, između ostalog, i svi izvanugovorni odnosi pa i oni u kojima sudjeluju trgovci i osobe javnog prava (tako i: Momčinović, H., op. cit. u bilj. 2, str. 107.).

85 Mogućnost da bi mogli postojati dvostranoobvezni naplatni ugovori koji ne bi rezultirali „dobavom robe ili pružanjem usluga za naknadu“ autor smatra više hipotetskom, s obzirom na to da se pojedini poznati tipovi dvostranoobveznih naplatnih ugovora mogu okarakterizirati bilo kao ugovori koji rezultiraju isporukom robe za naknadu bilo kao ugovori koji rezultiraju pružanjem usluge za naknadu.

trgovačke ugovore (primjerice, ugovor o beskamratnom zajmu kao dvostranoobvezni nenaplatni ugovor sklopljen između dva trgovca) primjenjivati zakonska stopa zatezних kamata za odnose iz trgovačkih ugovora iz čl. 29. st. 2. ZOO-a, a ne zakonska stopa zatezних kamata predviđena ZFPPN-om.

Pored toga što iz navedena dva razloga svi trgovački ugovori nisu ujedno i poslovne transakcije, neki ugovori između trgovaca koji nisu trgovački ugovori u smislu ZOO-a ulazit će u pojam poslovnih transakcija iz ZFPPN-a. Naime, kako su svi trgovci u smislu čl. 1. st. 1. ZTD-a ujedno i poduzetnici iz čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a, ugovor između trgovaca koji ne ispunjava objektivno mjerilo potrebno da bi ga se smatralo trgovačkim ugovorom, bit će ugovor među poduzetnicima, pa time i poslovna transakcija iz ZFPPN-a na koju će se primijeniti zakonska stopa zatezних kamata predviđena ZFPPN-om. Iznimno, ako oba ili jedan od trgovaca u takvom ugovoru ujedno ima svojstvo i pružatelja financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a, takav ugovor neće biti poslovna transakcija iz ZFPPN-a, ali ni trgovački ugovor u smislu ZOO-a.

Nadalje, i neki ugovori između subjekata koji nisu trgovci bit će ugovori među poduzetnicima, pa time i poslovna transakcija iz ZFPPN-a. Naime, kako osoba slobodnog zanimanja u pravilu neće biti trgovac u smislu čl. 1. st. 1. ZTD-a, ali će uvijek biti poduzetnik iz čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a, tako i ugovor između osobe slobodnog zanimanja i trgovca nije trgovački ugovor, ali jest ugovor među poduzetnicima, pa time i poslovna transakcija na koju se primjenjuje zakonska stopa zatezних kamata predviđena ZFPPN-om. Isto vrijedi i za ugovore koje među sobom sklope osobe slobodnog zanimanja, ali i za ugovore koje među sobom ili s trgovcem ili s poduzetnikom sklopi neki drugi subjekt koji nije trgovac, ali jest poduzetnik, kao što su to, primjerice, individualni poljodjelci.

Konačno, postoje i ugovori između poduzetnika koji nisu ni poslovne transakcije, a ni trgovački ugovori. S jedne strane, riječ je o već spomenutim ugovorima između trgovaca koji ne ispunjavaju objektivno mjerilo da bi ih se smatralo trgovačkim ugovorima u smislu ZOO-a, a koje među sobom ili s trgovcem sklope pružatelji financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a. Također, ugovor koji pružatelj financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a sklopi s osobom slobodnog zanimanja nije ni poslovna transakcija, a ni trgovački ugovor. Na takve će se pak ugovore prema čl. 29. st. 2. ZOO-a primijeniti zakonska stopa zatezних kamata za ostale odnose koja se određuje uvećanjem eskontne stope HNB-a za pet postotnih poena.

3.3.2. Razgraničenje pojma „poslovne transakcije“ iz čl. 3. st. 1. t. 16. ZFPPN-a i pojma „ugovori između trgovca i osobe javnog prava“ iz čl. 29. st. 2. ZOO-a

Zakonska stopa zatezних kamata na odnose iz trgovačkih ugovora primjenjuje se prema čl. 29. st. 2. ZOO-a i na odnose iz ugovora između trgovca i osobe javnog prava. ZOO ne sadržava zasebnu definiciju ugovora između trgovca i osobe javnog prava koja bi pored subjektivnog predviđala i neko objektivno mjerilo, pa se stoga zakonska stopa zatezних kamata na odnose iz trgovačkih ugovora primjenjuje na odnose iz svih

ugovora između trgovca i osobe javnog prava, neovisno o tomu jesu li oni sklopljeni u okviru djelatnosti koja ulazi u predmet poslovanja trgovca ili ne.⁸⁶ Također, ona se primjenjuje na odnose iz ugovora između trgovca i osobe javnog prava neovisno o tomu je li u takvom ugovoru osoba javnog prava dužnik ili vjerovnik novčane obveze.

Poslovne transakcije iz čl. 3. st. 1. t. 16. ZFPPN-a obuhvaćaju i dvostranoobvezne naplatne ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava koji rezultiraju „dobavom robe ili pružanjem usluga za naknadu“, a zakonska stopa zatezних kamata predviđena ZFPPN-om primjenjuje se prema čl. 10.a st. 1. ZFPPN-a, samo na one ugovore u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze.

Kako su pojam osobe javnog prava iz čl. 3. st. 1. t. 2. ZFPPN-a i pojam osobe javnog prava iz čl. 26. st. 6. ZOO-a istovjetni po svom sadržaju, te kako su načelno svi trgovci u smislu čl. 1. st. 1. ZTD-a ujedno i poduzetnici iz čl. 3. st. 1. t. 16. ZFPPN-a, načelno svi dvostranoobvezni naplatni ugovori između trgovca i osobe javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze ulaze u pojam poslovne transakcije iz ZFPPN-a, pa će se na njih primijeniti zakonska stopa zatezних kamata predviđena ZFPPN-om, a ne zakonska stopa zatezних kamata na odnose iz ugovora između trgovca i osobe javnog prava predviđena u čl. 29. st. 2. ZOO-a. Iznimno, dvostranoobvezni naplatni ugovori između trgovca i osobe javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze, a trgovac pružatelj financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a, nisu poslovne transakcije, ali jesu ugovori između trgovca i osobe javnog prava pa će se na odnose iz njih primijeniti zakonska stopa zatezних kamata predviđena za te ugovore u čl. 29. st. 2. ZOO-a.

Ugovor između trgovca i osobe javnog prava u kojemu je osoba javnog prava dužnik novčane obveze, a koji nije dvostranoobvezni naplatni ugovor, već dvostranoobvezni nenaplatni ugovor ili jednostranoobvezni ugovor (iako je teško zamisliti da bi takvi ugovori bili sklapani između trgovca i osobe javnog prava), nije poslovna transakcija iz ZFPPN-a, ali jest ugovor između trgovca i osobe javnog prava u smislu čl. 29. st. 2. ZOO-a pa će se na odnose iz takvog ugovora primijeniti zakonska stopa zatezних kamata iz te odredbe ZOO-a.

Sklopi li dvostranoobvezni naplatni ugovor s osobom javnog prava subjekt koji nije trgovac, ali jest poduzetnik u smislu ZFPPN-a, kao što je to primjerice osoba slobodnog zanimanja, a u takvom ugovoru je osoba javnog prava dužnik novčane obveze, taj ugovor bit će poslovna transakcija, pa će se na odnose iz njega primijeniti zakonska stopa zatezних kamata predviđena ZFPPN-om.

Dvostranoobvezni naplatni ugovori, ali i svi drugi ugovori između poduzetnika i osobe javnog prava u kojima je osoba javnog prava vjerovnik novčane obveze nisu poslovne transakcije. To još ne znači i da su takvi ugovori između trgovca i osobe javnog prava u smislu čl. 29. st. 2. ZOO-a jer je za to odlučno pitanje ima li poduzetnik ujedno i svojstvo trgovca u smislu čl. 1. st. 1. ZTD-a.

Stoga, ako poduzetnik koji jest i trgovac sklopi ugovor s osobom javnog prava u kojemu je osoba javnog prava vjerovnik novčane obveze, takav ugovor bit će ugovor između trgovca i osobe javnog prava na koji će se primijeniti zakonska stopa zatezних

86 Tako i: Giunio, M. A., op. cit. u bilj. 46, str. 173. Suprotno: Eraković, A., op. cit. u bilj. 2, str. 38.

kamata na odnose iz ugovora između trgovca i osobe javnog prava predviđena u čl. 29. st. 2. ZOO-a. Međutim, sklopi li s osobom javnog prava ugovor poduzetnik koji nema svojstvo trgovca, primjerice osoba slobodnog zanimanja, a u tomu ugovoru je osoba javnog prava vjerovnik novčane obveze, takav ugovor ne samo da nije poslovna transakcija, već nije ni ugovor između trgovca i osobe javnog prava u smislu čl. 29. st. 2. ZOO-a, pa će se na odnose iz takvog ugovora primijeniti zakonska stopa zatezних kamata „na ostale odnose“ koja se određuje uvećanjem eskontne stope HNB-a za pet postotnih poena.

3.3.3. Usklađenost čl. 3. st. 1. t. 16. ZFPPN-a s Direktivom 2011/7/EU

Pojam *commercial transactions* definiran je u čl. 2. st. 1. t. 1. Direktive 2011/7/EU kao „transakcije između poduzetnika ili između poduzetnika i javne vlasti koje dovode do isporuke robe ili pružanja usluga za naknadu.“ Detaljnija analiza odredaba Direktive pokazuje da se pod pojmom „trgovačke transakcije“ razumijevaju dvostranoobvezni naplatni ugovori koji dovode do isporuke robe ili pružanja usluga za naknadu, neovisno o pojedinim tipovima takvih ugovora, i to ugovori koje poduzetnici sklope među sobom ili koje poduzetnik sklopi s osobom javnog prava kao dužnikom novčane obveze.⁸⁷

Zanemare li se manje, u radu ranije opisane, neusklađenosti pojmova poduzetnika i osobe javnog prava iz ZFPPN-a i pojmova poduzetnika i javne vlasti iz Direktive, može se zaključiti da je definicija pojma poslovnih transakcija iz čl. 3. st. 1. t. 16. ZFPPN-a na pojmovnoj razini u skladu s definicijom pojma trgovačkih transakcija iz čl. 2. st. 1. t. 1. Direktive. Međutim, u čl. 1. st. 2. Direktive koji uređuje njezino polje primjene *ratione materiae* određeno je da se ona ima primijeniti na sva plaćanja koja su učinjena na ime naknade u „trgovačkim transakcijama“, pri čemu nijedna od odredaba Direktive ne ostavlja mogućnost državama članicama da u nacionalnom pravu predvide iznimku od tako utvrđenog polja primjene i da nacionalnim pravom iz polja primjene nacionalnog prava usvojenog u transponiranju Direktive isključe subjekte koji su pružatelji financijskih usluga. Kako u Direktivi ne postoji uporište koje bi opravdalo rješenje iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a kojim je isključena primjena odredaba ZFPPN-a, donesenih u transponiranju Direktive u hrvatsko pravo, a sadržanih u glavi II. ZFPPN-a, za pružatelje financijskih usluga taksativno navedene u toj odredbi, takvo rješenje u protivnosti je s odredbama Direktive i neophodno ga je *de lege ferenda* izmijeniti kako bi se u tom pogledu hrvatsko pravo u potpunosti uskladilo s Direktivom.⁸⁸

87 Za opširnu analizu pojma *commercial transactions* iz Direktive 2011/7/EU vidi: Tot, I., op. cit. u bilj. 80, str. 1427. – 1441.

88 U istom smislu i: Tot, I., op. cit. u bilj. 64, str. 25. i 29.; Tot, I., *Combating Late Payments in Commercial Transactions: Transposition of EU Directives into the Laws of Croatia and Slovenia*, u: Săraru, C. - S. (ur.), *Studies of Business Law – Recent Developments and Perspectives*, Frankfurt am Main – Bern – Bruxelles – New York – Oxford – Warszawa – Wien, Peter Lang Academic Publishers, 2013., str. 218. i 235.

3.4. Razgraničenje polja primjene odredaba ZFPPN-a o zatezним kamatama i polja primjene odredaba ZOO-a o zatezним kamatama

Provedena analiza pojmova „poduzetnik“, „osoba javnog prava“ i „poslovne transakcije“ sadržanih u odredbama ZFPPN-a te pojmova „trgovac“, „osoba javnog prava“, „trgovački ugovori“ i „ugovori između trgovca i osobe javnog prava“ sadržanih u odredbama ZOO-a, pokazuje sljedeće:

- A. Posebno uređenje zatezних kamata predviđeno ZFPPN-om, a posebno zakonska stopa zatezних kamata predviđena ZFPPN-om, primjenjivat će se na odnose iz:
1. ugovora među poduzetnicima od kojih nijedan nije pružatelj financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a, ako ugovor ima obilježje poslovne transakcije;
 2. ugovora između poduzetnika koji nije pružatelj financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a i osobe javnog prava kao dužnika novčane obveze, ako ugovor ima obilježje poslovne transakcije.
- B. Opće uređenje zatezних kamata predviđeno ZOO-om, a posebno zakonska stopa zatezних kamata predviđena u čl. 29. st. 2. ZOO-a za odnose iz trgovačkih ugovora i ugovora između trgovca i osobe javnog prava, primjenjivat će se na odnose iz:
1. ugovora među poduzetnicima od kojih nijedan nije pružatelj financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a, ako ugovor ima obilježje trgovačkog ugovora, a nema obilježje poslovne transakcije;
 2. ugovora među pružateljima financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a, ako ugovor ima obilježje trgovačkog ugovora;
 3. ugovora između poduzetnika i pružatelja financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a, ako poduzetnik ima svojstvo trgovca, a ugovor obilježje trgovačkog ugovora;
 4. ugovora između poduzetnika i osobe javnog prava kao vjerovnika novčane obveze, ako poduzetnik ima svojstvo trgovca;
 5. ugovora između pružatelja financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a i osobe javnog prava, neovisno o tomu je li osoba javnog prava dužnik ili vjerovnik novčane obveze;
 6. ugovora između poduzetnika i osobe javnog prava kao dužnika novčane obveze, ako poduzetnik ima svojstvo trgovca, a ugovor nema obilježje poslovne transakcije.
- C. Opće uređenje zatezних kamata predviđeno ZOO-om, a posebno zakonska stopa zatezних kamata predviđena u čl. 29. st. 2. ZOO-a za ostale odnose, primjenjivat će se na odnose iz:
1. ugovora među poduzetnicima od kojih nijedan nije pružatelj financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a, ako ugovor nema obilježje poslovne transakcije a ni obilježje trgovačkog ugovora;
 2. ugovora među pružateljima financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a, ako ugovor nema obilježje trgovačkog ugovora;

3. ugovora između poduzetnika i pružatelja financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a, ako poduzetnik ima svojstvo trgovca, a ugovor nema obilježje trgovačkog ugovora;
4. ugovora između poduzetnika i pružatelja financijskih usluga iz čl. 4. st. 3. ZFPPN-a, ako poduzetnik nema svojstvo trgovca;
5. ugovora između poduzetnika i osobe javnog prava kao vjerovnika novčane obveze, ako poduzetnik nema svojstvo trgovca;
6. ugovora između poduzetnika i osobe javnog prava kao dužnika novčane obveze, ako poduzetnik nema svojstvo trgovca, a ugovor nema obilježje poslovne transakcije;
7. ugovora među osobama javnog prava;
8. ugovora između poduzetnika i potrošača, neovisno o tomu ima li poduzetnik svojstvo trgovca;
9. ugovora između osobe javnog prava i potrošača;
10. ugovora među potrošačima;
11. odnosa koji nisu ugovorni odnosi, neovisno o tomu tko su subjekti u takvim izvanugovornim odnosima.

S obzirom na izloženo izuzetno komplicirano razgraničenje polja primjene odredaba ZOO-a i ZFPPN-a, nejednaki položaj subjekata na tržištu do kojeg dolazi zbog paralelne primjene općeg uređenja zateznih kamata iz ZOO-a i posebnog uređenja zateznih kamata iz ZFPPN-a najbolje je prikazati na primjeru. Jedan od mogućih primjera moglo bi biti zakašnjenje kupca s isplatom cijene iz ugovora o kupoprodaji rabljenog motornog vozila koji je sklopljen između:

- a) trgovačkog društva koje se bavi proizvodnjom obuće kao kupca s trgovačkim društvom koje se bavi prodajom rabljenih motornih vozila kao prodavatelja (situacija A.1.), u kojem slučaju kupac duguje prodavatelju i zatezne kamate po zakonskoj stopi od 12,35%;
- b) općine kao kupca i obrtnika koji se bavi prodajom rabljenih motornih vozila kao prodavatelja (situacija A.2.), u kojem slučaju kupac duguje prodavatelju i zatezne kamate po zakonskoj stopi od 12,35%;
- c) obrtnika koji se bavi prodajom rabljenih motornih vozila kao kupca i općine kao prodavatelja (situacija B.4.), u kojem slučaju kupac duguje prodavatelju i zatezne kamate po zakonskoj stopi od 15%;
- d) općine kao kupca i leasing društva kao prodavatelja (situacija B.5.), u kojem slučaju kupac duguje prodavatelju i zatezne kamate po zakonskoj stopi od 15%;
- e) leasing društva kao kupca i drugog leasing društva kao prodavatelja (situacija B. 2.), u kojem slučaju kupac duguje prodavatelju i zatezne kamate po zakonskoj stopi od 15%;
- f) obrtnika koji se bavi prodajom rabljenih motornih vozila kao kupca i leasing društva kao prodavatelja (situacija B.3.), u kojem slučaju kupac duguje prodavatelju i zatezne kamate po zakonskoj stopi od 15%;
- g) trgovačkog društva koje se bavi proizvodnjom obuće kao kupca i banke kao prodavatelja (situacija C.3.), u kojem slučaju kupac duguje prodavatelju i

- zatezne kamate po zakonskoj stopi od 12%;
- h) samostalnog odvjetnika kao kupca i leasing društva kao prodavatelja (situacija C.4.), u kojem slučaju kupac duuguje prodavatelju i zatezne kamate po zakonskoj stopi od 12%;
 - i) samostalnog odvjetnika kao kupca i općine kao prodavatelja (situacija C.5.), u kojem slučaju kupac duuguje prodavatelju i zatezne kamate po zakonskoj stopi od 12%;
 - j) općine kao kupca i druge općine kao prodavatelja (situacija C.7.), u kojem slučaju kupac duuguje prodavatelju zatezne kamate po zakonskoj stopi od 12%.

U primjeru je nejednaki položaj subjekata na tržištu pojašnjen s obzirom na visinu zakonske stope zateznih kamata na koju će prodavatelj imati pravo u slučaju kupčeva zakašnjenja s isplatom cijene iz ugovora o kupoprodaji motornog vozila, no s obzirom na razlike posebnog uređenja zateznih kamata iz ZFPPN-a u odnosu na opće uređenje zateznih kamata iz ZOO-a, do nejednakog položaja doći će i u pogledu drugih aspekata uređenja zateznih kamata. Tako će prodavatelji iz točaka od c) do j) imati pravo na zatezne kamate iako se i sami nalaze u zakašnjenju s ispunjenjem dospjele obveze isporuke rabljenog motornog vozila, ali pravo na zatezne kamate prodavatelja iz točaka a) i b) neće nastati iako se njihovi kupci nalaze u zakašnjenju s plaćanjem cijene sve dok ne ispune svoje dospjelu obvezu isporuke rabljenog motornog vozila. Nadalje, ugovorne strane u ugovorima iz točaka od c) do f) moći će ugovoriti i nižu stopu zateznih kamata nižu od 15% i višu stopu zateznih kamata i to najviše do 22,5%, dok će ugovorne strane u ugovoru iz točke a) moći ugovoriti samo stopu zateznih kamata koja je niža od 12,35%, a ugovorne strane u ugovorima iz točke b) i točaka od g) do h) neće uopće moći ugovoriti stopu zateznih kamata drukčiju od zakonske stope zateznih kamata, s time da će se na odnos iz ugovora pod točkom a) primijeniti jedna zakonska stopa zateznih kamata (12,35%), a na odnose iz ugovora pod točkama g) do h) druga zakonska stopa zateznih kamata (12%).

Razgraničenje polja primjene odredaba ZFPPN-a o zateznim kamatama od polja primjene odredaba ZOO-a o zateznim kamatama, kako je gore opisano i na primjeru pojašnjeno, zorno pokazuje da postoje značajne indicije moguće neustavnosti odredaba ZFPPN-a o zateznim kamatama. Usporedna primjena dvostrukog pravnog režima zateznih kamata izaziva stanje posvemašne pravne nesigurnosti u kojemu je pojedinim subjektima na tržištu iznimno zahtjevno utvrditi koji se pravni režim primjenjuje za njih u pojedinim odnosima.

Pravna sigurnost dodatno je dovedena u pitanje i u pogledu polja primjene odredaba ZFPPN-a o zateznim kamatama *ratione temporis*. Naime, prema čl. 59. novele ZFPPN-a iz lipnja 2013., posebno uređenje zateznih kamata iz ZFPPN-a ne primjenjuje se na poslovne transakcije sklopljene prije stupanja na snagu novele ZFPPN-a, odnosno prije 30. lipnja 2013., „ukoliko su isporuka robe ili pružanje usluge nastupili prije toga dana“. Prema tome, ako je, primjerice, ugovor među poduzetnicima koji ima obilježje poslovne transakcije sklopljen prije 30. lipnja 2013., a nenovčana je obveza poduzetnika koji je vjerovnik novčane obveze iz tog ugovora u skladu s tim ugovorom dospjela nakon 30. lipnja 2013., za zakašnjenje poduzetnika

koji je dužnik novčane obveze, a koje je nastupilo prije 30. lipnja 2013., poduzetnik koji je vjerovnik novčane obveze moći će od drugog poduzetnika potraživati zatezne kamate za razdoblje od dana zakašnjenja dužnika do 30. lipnja 2013. u skladu s općim uređenjem zateznih kamata iz ZOO-a, a nakon 30. lipnja 2013. prema posebnom uređenju zateznih kamata iz ZOO-a.⁸⁹ S obzirom na brojne osobitosti posebnog uređenja zateznih kamata iz ZFPPN-a, primjerenije bi bilo da su se odredbe ZFPPN-a o zateznim kamatama primijenile samo na poslovne transakcije sklopljene nakon stupanja na snagu novele ZFPPN-a iz lipnja 2013.

Zaključno, potrebno je iznijeti još tri napomene u vezi s poljem primjene odredaba ZFPNN-a o zateznim kamatama i s razgraničenjem polja primjene ZFPPN-a i ZOO-a.

Prvo, prema čl. 10.a. st. 2. ZFPPN-a, odredbe odjeljka 4. glave II. u kojima su, između ostalog, sadržane i odredbe o zateznim kamatama „ne primjenjuju se na novčane obveze koje su obuhvaćene postupcima koji se vode na temelju odredbi“ ZFPPN-a i Stečajnog zakona.⁹⁰ Ovu odredbu ZFPPN-a ne bi se smjelo tumačiti na način koji otvara put nekom trećem mogućem pravnom režimu zateznih kamata u pogledu zakonske i ugovorne stope zateznih kamata.⁹¹ Ono što je zakonodavac nespretno redigiranim odredbom vjerojatno htio reći jest to da se na tražbine koje su predmetom postupka predstečajne nagodbe ili stečajnog postupka ne primjenjuju odredbe čl. 11. i 12. ZFPPN-a o rokovima ispunjenja novčanih obveza, s obzirom na pojedine specifične pravne posljedice otvaranja postupka predstečajne nagodbe i otvaranja stečajnog postupka,⁹² a moguće je i da je ova odredba posljedica nedovoljno promišljene implementacije odredbe čl. 1. st. 3. Direktive 2011/7/EU koja dopušta državama članicama da od primjene Direktive izuzmu obveze koje su „predmetom stečajnog postupka otvorenog nad dužnikom, uključujući i postupka usmjerenih na restrukturiranje duga.“⁹³

Drugo, i na obvezne odnose koji ulaze u polje primjene odredaba ZFPPN-a o zateznim kamatama primijenit će se one odredbe ZOO-a o zateznim kamatama kao općeg uređenja zateznih kamata u odnosu na koje posebno uređenje zateznih kamata ne sadrži specifična rješenja. Riječ je sljedećim odredbama ZOO-a: čl. 29. st. 6. koje uređuju odnos ugovornih i zateznih kamata, čl. 29. st. 7. koja određuje da se stopa zateznih kamata odnosi na razdoblje od jedne godine, čl. 30. st. 1. i 2. koje uređuju odnos zateznih kamata i potpune naknade štete te čl. 31. st. 1. i 2. o zabrani anatocizma. Ove odredbe općeg uređenja zateznih kamata primjenjivale bi se na posebno uređenje zateznih kamata iz ZFPPN-a i bez posebne odredbe o tome u ZFPPN-u, a čl. 90. ZFPPN-a sadrži i posebnu odredbu o supsidijarnoj primjeni

89 Na ovo upozorava i: Pavičić, D., *Novi...* cit. u bilj. 4, str. 147.

90 Stečajni zakon, NN br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12. (dalje u tekstu: SZ).

91 Na mogućnost takvog tumačenja ove odredbe ukazao je: Giunio, M. A., op. cit. u bilj. 4, str. 34.

92 Primjerice, prema čl. 72. ZFPPN-a „nedospjele tražbine vjerovnika prema dužniku prijavljuju se kao da su dospjele s danom otvaranja postupka predstečajne nagodbe, a radi ponovnog ugovaranja rokova i načina njihova plaćanja“, a prema čl. 73. st. 1. SZ-a „nedospjele tražbine dospijevaju otvaranjem stečajnog postupka.“

93 Više o ovoj odredbi Direktive 2011/7/EU vidi u: Tot, I., op. cit. u bilj. 80, str. 1440. – 1441.

odredaba ZOO-a na obvezne odnose koji nisu drukčije određeni ZFPPN-om.

Konačno, neovisno o tomu primjenjuje li se na određeni obvezni odnos opći režim zateznih kamata iz ZOO-a ili posebni iz ZFPPN-a (a supsidijarno i opći iz ZOO-a), otvori li se nad dužnikom novčane obveze postupak predstečajne nagodbe, doći će do specifične pravne posljedice otvaranja postupka predstečajne nagodbe koja se tiče tijeka zateznih kamata. Naime, prema čl. 80. st. 3. ZFPPN-a „od dana otvaranja postupka predstečajne nagodbe pa do sklapanja predstečajne nagodbe, kamate ne teku.“

4. ZAKLJUČAK

Uvođenje posebnog pravnog uređenja zateznih kamata odredbama ZFPPN-a uvelo je u hrvatski pravni sustav i brojna pitanja koja će zasigurno duže vrijeme biti u žarištu interesa znanstvene i stručne javnosti. Kao što je to pokazano u ovome radu, odredbe ZFPPN-a o zateznim kamatama ne samo da nomotehnički odudaraju od uvriježene terminologije obveznog prava i uvode u istu nove pojmove, strane domaćem obveznom pravu, već dovode i do takvog stupnja nejednakosti subjekata na tržištu u pogledu uređenja zateznih kamata na odnose u koje oni stupaju da se može postaviti i pitanje je li uređenje predviđeno ZFPPN-om u skladu s Ustavom RH ili nije.

Polje primjene odredaba ZFPPN-a o zateznim kamatama i polje primjene odredaba ZOO-a o zateznim kamatama međusobno se preklapaju u mjeri koja ozbiljno dovodi u pitanje pravnu sigurnost i koja će izazvati snažne prijepore o tomu koji će se pravni režim primijeniti na koji pojedini obvezni odnos i među sucima koji bi te odredbe trebali primjenjivati, kao i među drugim pravnim stručnjacima, a pogotovo među subjektima obveznih odnosa kojima zasigurno neće biti nimalo lako utvrditi koji pravni režim zateznih kamata regulira njihov konkretni obvezni odnos.

Gotovo da i nema odredbe ZFPPN-a o zateznim kamatama koja ne zahtijeva novu zakonodavnu intervenciju zbog nomotehničkog usavršavanja odredbi i usklađivanja s uobičajenim pojmovima obveznog prava, ili otklanjanja prouzročene nejednakosti subjekata obveznih odnosa, ili uklanjanja pravne nesigurnosti, odnosno ili ispravljanja neusklađenosti odredaba ZFPPN-a s Direktivom 2011/7/EU što je i pravna obveza Republike Hrvatske kao države članice Europske unije. Prijedlozi *de lege ferenda* za potpunije i ispravnije uređenje zateznih kamata u hrvatskom pravu izneseni su na odgovarajućim mjestima rada.

Zaključuje se kako se posebnim uređenjem zateznih kamata iz ZFPPN-a vjerovnicima novčanih obveza pruža slabija razina zaštite od negativnih učinaka zakašnjenja dužnika s plaćanjem, negoli je to slučaj s općim uređenjem zateznih kamata sadržanim u ZOO-u, a što je suprotno i samoj svrsi ZFPPN-a kao propisa koji bi trebao poticati stvaranje kulture pravovremenog plaćanja. Posebno je to vidljivo iz specifičnih rješenja ZFPPN-a koja uvjetuju nastanak prava vjerovnika novčane obveze na zatezne kamate ispunjenjem njegovih obveza prema dužniku novčane obveze i koja ograničavaju stranačku autonomiju u pogledu ugovornog određivanja stope zateznih kamata.

Zaključuje se i da odredbe ZFPPN-a o zateznim kamatama nisu u potpunosti u skladu s odredbama Direktive 2011/7/EU. U tome pogledu osobito je alarmantno isključivanje pružatelja financijskih usluga iz polja primjene odredbi ZFPPN-a donesenih radi transponiranja Direktive u hrvatsko pravo, a za što ne postoji oslonac u odredbama Direktive. Porazna je činjenica da je od svog usvajanja ZFPPN izmijenjen i dopunjen tri puta u razdoblju kraćem od godine dana, da je prethodno njegovu donošenju već na snazi bio poseban propis (ZRINO) koji je također predstavljao pokušaj usklađivanja hrvatskoga prava s Direktivom, da je novela ZFPPN-a iz 2013. izrijekom usvojena radi transponiranja Direktive po hitnom postupku nakon što je po hitnom postupku radi transponiranja Direktive već bio donesen i izvorni ZFPPN, a da je hrvatsko pravo i dalje u znatnoj mjeri neusklađeno s odredbama Direktive.

Summary

THE NEW SPECIAL REGIME OF DEFAULT INTEREST – FEATURES, SCOPE OF APPLICATION AND COMPLIANCE WITH THE ACQUIS COMMUNAUTAIRE

The subject of the paper is the legal regime of default interest contained in the Law on the Financial Operations and Pre-Bankruptcy Settlement (ZFPPN) which is in force since June 2013 alongside with the general legal regime of default interest provided for in the Law on Obligations (ZOO). Provisions of the ZFPPN are analyzed in comparison with the provisions of ZOO and the scope of application of the provisions of ZFPPN is being determined as the relations which fall under the general legal regime of ZOO are separated from those which fall under the application of the special legal regime set forth in the ZFPPN as *lex specialis*. One objective of the paper is to determine which of the competing legal regimes of default interest is more favourable to the creditors of monetary obligations. Second objective of the paper is to evaluate whether the provisions of ZFPPN are in conformity with the requirements set out in the Directive 2011/7/EU on Combating Late Payment in Commercial Transactions, for the purposes of whose transposition the new provisions on default interest contained in the ZFPPN were adopted. The shortcomings of the legal regime of the ZFPPN are pointed out while proposals for the more adequate legal solutions *de lege ferenda* are being given. It is concluded that the legal regime of default interest under the provisions of the ZFPPN undermines legal certainty, circumvents the protection of creditors and causes doubts of the constitutional nature, while in addition its particular features are contrary to the Directive 2011/7/EU.

Key-words: *default interest, default interest rate, commercial transactions, Directive 2011/7/EU.*

Zusammenfassung

NEUE BESONDERE VERZUGSZINSENREGELUNG – BESONDERHEITEN, ANWENDUNGSBEREICH UND ÜBEREINSTIMMUNG MIT DEM EU-ACQUIS

Gegenstand dieser Arbeit ist die Verzugszinsenregelung durch die Bestimmungen des Gesetzes über die finanzielle Geschäftsführung und das vorinsolvenzliche Ausgleichsverfahren, welche in der Arbeit vergleichend mit den Bestimmungen des Gesetzes über Schuldverhältnisse in Bezug auf Verzugszinsen analysiert wird. Ein Ziel der Arbeit ist es, festzustellen, welche von diesen konkurrierenden Rechtsregelungen über Verzugszinsen günstiger für die Gläubiger von Geldverbindlichkeiten ist.

Das zweite Ziel der Arbeit ist es, zu bewerten, ob die Bestimmungen des Gesetzes über finanzielle Geschäftsführung und das vorinsolvenzliche Verfahren mit den Forderungen der Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr übereinstimmen. Es wird auf die Mängel der Regelung im Gesetz über die finanzielle Geschäftsführung und das vorinsolvenzliche Ausgleichsverfahren hingewiesen und es werden Vorschläge für angemessene Rechtsbeschlüsse *de lege ferenda* dargestellt. Abschließend wird betont, dass die Regelung von Verzugszinsen aus den Bestimmungen des Gesetzes über die finanzielle Geschäftsführung und das vorinsolvenzliche Ausgleichsverfahren die Rechtssicherheit stört, den Schutz der Gläubiger von Geldverbindlichkeiten vereitelt und verfassungsrechtliche Zweifel hervorruft. Außerdem läuft sie in einzelnen Elementen der Richtlinie 2011/7/EU zuwider.

Schlüsselwörter: *Verzugszinsen, Satz der Verzugszinsen, geschäftliche Transaktionen, Richtlinie 2011/7/EU.*

Riassunto

LA NUOVA DISCIPLINA PARTICOLARE DEGLI INTERESSI MORATORI – PECULIARITÀ, CAMPO DI APPLICAZIONE ED ARMONIZZAZIONE CON L'ACQUIS DELL'UNIONE EUROPEA

L'oggetto del contributo concerne la disciplina degli interessi moratori dettata dalle disposizioni della legge sulle operazioni finanziarie e sul concordato preventivo (ZFPPN) che nel contributo viene confrontata con le disposizioni della legge sulle obbligazioni (ZOO) sugli interessi moratori. Uno degli scopi del lavoro è di accertare quale delle discipline giuridiche in materia d'interessi moratori sia più conveniente per i creditori di obbligazioni pecuniarie; mentre l'altro scopo è di valutare se le disposizioni dello ZFPPN siano in sintonia con il dettato della Direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Si rilevano le lacune dell'attuale impianto normativo dello ZFPPN e si offrono suggerimenti volti a rinvenire soluzioni giuridiche più adeguate in chiave *de lege ferenda*. Si conclude che la disciplina degli interessi moratori derivante dalle disposizioni dello ZFPPN comprometta la certezza del diritto, vanifichi la tutela dei creditori di obbligazioni pecuniarie e susciti perplessità di naturale giuscostituzionalistica; se ne ricava, altresì, che sotto certi profili sia contraria alla Direttiva 2011/7/UE .

Parole chiave: *interessi moratori, tasso degli interessi moratori, transazioni commerciali, Direttiva 2011/7/UE.*

UPRAVNOSUDSKI ASPEKTI PRIMJENE ZAKONA O FINANCIJSKOM POSLOVANJU I PREDSTEČAJNOJ NAGODBI

Andrej Abramović, dipl.iur, predsjednik Suda
Upravni sud u Zagrebu

UDK: 347.736(497.5)(094.5)
Ur.: 4. siječnja 2014.
Pr.: 20. veljače 2014.
Stručni rad

Sažetak

U tekstu pod naslovom Upravnosudski aspekti primjene Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi razmatraju se neke teme vezane za odredbe navedenog zakona koje su povezane sa Zakonom o upravnim sporovima i upravnim sudovima uopće. Tako se problematizira nadležnost upravnih sudova u upravnim sporovima proizašlim iz postupaka predstečajnih nagodbi, status zainteresirane osobe u takvim sporovima, potreba da tužba u upravnom sporu ima odgodni učinak, te se navode najčešći razlozi dosadašnjeg podnošenja tužbi.

Ključne riječi: predstečajna nagodba, upravni spor.

I. UVOD

Malo je zakona koji su uzburkali pravničke krugove kao što je to učinio Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (ZFPPN). O tom zakonu gotovo svi imaju stajalište, i ne ustručavaju se javno ga iznositi, što je rijetkost u nas. Posljedica toga je izražena polarizacija. Struka se ujedinila kao kritičari zakonskih rješenja, dok je politika prešla granice pristojnosti u njihovoj (tj. vlastitoj!) obrani.

Struka je kritizirala zakon kao „prikriveno izvlaštenje vjerovnika“, dok je izvršna vlast pravdala radikalna zakonska rješenja potrebom očuvanja posrnulih tvrtki koje su sposobne poslovati na tržišnim osnovama, te posljedičnim očuvanjem radnih mjesta. Bez namjere da se dublje ulazi u te tek grubo naznačene argumente, nameće se sljedeće pitanje: Ako je tvrtka perspektivna, otkud odjednom potreba za predstečajnom nagodbom? Hoće li brisanje velikoga dijela duga dužnika nekoj banci vjerovniku navesti tu (ili neku drugu) banku da ponovno da kredit istom dužniku, a notorna je činjenica da bez svježega kapitala niti jedna tvrtka ne može poslovati?

Pitanja vezana u ZFPPN mogu se, i moraju riješiti „na domaćem terenu“, ali ostaje prijeteća mogućnost da u zakon intervenira i Europska komisija jer nije nemoguće da se u pojedinim slučajevima predstečajnih nagodbi može raditi (i) o

obliku zabranjenih državnih potpora¹ pojedinim privrednim subjektima, što, naravno, negativno utječe na ravnopravnost tržišne utakmice.

O ZFPPN-u je pravna struka više govorila s aspekta trgovačkog prava, dok je upravnopravni dio struke ostao rezerviran. Namjera je ovog rada otvoriti neka pitanja s tim u vezi, i tako pokušati ispuniti teoretsku prazninu znanosti o upravnom pravu vezano uz primjenu ZFPPN-a.

ZFPPN je objavljen u Narodnim Novinama 108/12., a stupio je na snagu 1. listopada 2012. godine, dakle prije tek nešto više od godinu dana. U tom je kratkom razdoblju pretrpio tri opsežne izmjene. Uredbom o izmjenama i dopunama ZFPPN-a (NN 144/12.) dva i pol mjeseca nakon stupanja na snagu zakona izmijenjeno je 39 od postojećih 93 zakonska članka (42%). Zakonom o izmjenama i dopunama ZFPPN-a (NN 81/13.) izmijenjeno je ili dodano čak 62 zakonska članka (66%), a ZID ZFPPN-a (112/13.) izmijenio je tek(!) 15 članaka, tj. 16%. Tvorci zakona, međutim, odmah su uvidjeli da zadnje izmjene i dopune neće dostajati, pa su na 10. sjednici Hrvatskog sabora (u studenom 2013. godine) predložili izmjenu/dopunu daljnjih 25 zakonskih članaka. Prijedlog je prihvaćen, a kao i hitni postupak, te tako ubrzo možemo očekivati promjenu daljnjih 27% zakonskoga teksta. Dakle, za godinu dana izmijenilo se ili dopunilo 124% prvobitnoga zakona. Sa znanstvenog gledišta, čak i ako se radi o pukom eksperimentiranju, trebalo bi svaki put pričekati da se rezultati jednog eksperimenta stabiliziraju, kako bi se rezultati narednoga mogli pravilno vrednovati.

Ta nepodnošljiva lakoća (i brzina) izmjena regulative u jednom važnom području nikako nije dobra radi pravne sigurnosti adresata zakona. Ali i više od toga, nagle i opsežne izmjene nekog zakona najbolji su argument onima koji tvrde da zakon ne valja. Nešto što je dobro promišljeno nije uopće moguće poboljšati za 124%, niti nešto dobro promišljeno treba početi popravljati za 2 i pol mjeseca.

Opsežne izmjene zakona također otežavaju i pisanje o njemu. Stoga ću, kada govorim o ZFPPN-u, govoriti o verziji zakona koja je važeća u vrijeme pisanja ovog rada, a ako se radi o ranije važećim verzijama – to ću posebno napomenuti. Pri tomu je autor svjestan rizika da zakon koji će važiti u vrijeme objave ovoga rada ne bude istovjetan onome o kojem pišem.

II. POSTUPOVNO PRAVO I NADLEŽNOST

Prema odredbi čl. 26. st. 1. i 2. Zakona postupak predstečajne nagodbe (i skraćeni postupak predstečajne nagodbe) provode u regionalnim centrima FINA-e nagodbena vijeća. Konceptcija ZFPPN-a je da se u postupku pripreme predstečajne nagodbe i glasovanja o njoj, dakle u postupku pred FINA-om, primjenjuje opći upravni postupak (čl. 31.), pa se u skladu s odredbom čl. 29. odluke donose u obliku rješenja, odnosno zaključaka.

O žalbi protiv prvostupanjskog rješenja nagodbenog vijeća odlučuje Ministarstvo financija, ali žalba (čl. 30. st. 7. ZFPPN) ne odgađa izvršenje rješenja. Protiv drugostupanjskog rješenja može se, u skladu s odredbom čl. 120. st. 4. ZUP-a pokrenuti upravni spor, pod uvjetom da je njime odlučeno o pravu, obvezi ili pravnom

¹ Ako je država jedan od većih vjerovnika tvrtke dužnika koja se nalazi u predstečajnoj nagodbi.

interesu stranke u upravnoj stvari, u skladu s odredbom čl. 3. st. 1. ZUS-a.

U primjeni citiranih odredbi mogući su problemi, koji ne moraju nužno biti povezani samo sa slovom ZFPPN-a, već i s problemima u primjeni ZUS-a.

Postupak predstečajne nagodbe provodi se u regionalnom centru FINA-e prema sjedištu dužnika². Međutim, za upravni spor mjesno je nadležan upravni sud na čijem području tužitelj ima prebivalište ili sjedište. Kako je logično za očekivati da će pretežni broj žalitelja u upravnim postupcima predstečajnih nagodbi i, posljedično, tužitelja u upravnim sporovima, biti vjerovnici u postupku, to je vrlo vjerojatno da će se upravni sporovi pokretati i pred upravnim sudovima s drugog područja od onog na kojem se vodio prvostupanjski postupak predstečajne nagodbe.

To ne bi predstavljalo problem kad ne bi bilo moguće da protiv jedne odluke u drugom stupnju više nezadovoljnih vjerovnika pokrene upravne sporove, i to pred nekoliko različitih upravnih sudova. Tada može nastati cijeli niz problema. Primjerice, tehničkih, kao što je dostava spisa predmeta u smislu odredbe čl. 32. st. 4. ZUS-a, a što je moguće za različite sudove učiniti samo kopiranjem preslika spisa³.

Ali veća opasnost prijeti od mogućnosti da različiti sudovi različito ocijene zakonitost jednog istog upravnog akta. Istina, ZUS u čl. 30. st. 1. toč. 5. tretira kao procesnu smetnju situaciju kada je „u istoj stvari već donesena pravomoćna odluka u upravnom sporu“, ali različiti sudovi o tome mogu dobiti saznanje tek iz neformalne međusobne komunikacije, ili informacijom dobivenom od zainteresiranih osoba. Međutim moguće je da informacija zbog bilo kojeg razloga izostane, te da jedan sud isti upravni akt ocijeni zakonitim, a drugi nezakonitim. Ne treba posebno objašnjavati koliko bi tako nešto moglo biti štetno, i do kakve bi nerješive pat situacije moglo dovesti, posebno u svjetlu nemogućnosti ulaganja žalbe na sudsku odluku.

Takve potencijalne situacije najbolje bi bilo rješavati putem instituta atrakcije nadležnosti, ali je taj pravni institut ugrađen u ZUS tek u temeljnom obliku, u čl. 13. st. 3. koji određuje da je u sporovima koji se odnose „na pravno pitanje povezano s nekim mjestom“ mjesno nadležan upravni sud inače nadležan za to mjesto.

Bez obzira što se navedena odredba ZUS-a može primijeniti na izloženi hipotetski slučaj, mišljenje autora je da moramo tumačiti na način da bi u smislu čl. 13. st. 3. ZUS-a za sve sporove radi ocjene zakonitosti istog upravnog akta trebao biti nadležan upravni sud kojem je prvome uz odgovor na tužbu dostavljen spis iz upravnog postupka. Takvo bi rješenje, kao rezultat ekstenzivnog tumačenja navedene zakonske norme čl. 13. ZUS-a riješilo navedene i tehničke i bitne probleme.

III. ZAINTERESIRANE OSOBE

U upravnom sporu, u smislu odredbe čl. 19. ZUS-a, zainteresirane osobe su svi oni kojima bi poništavanje ili izmjena pobijanog upravnog akta povrijedilo pravo ili pravni interes. Sud ih po službenoj dužnosti mora pozvati da sudjeluju u sporu. Lako je zamisliti do kakvih to teškoća može dovesti u postupcima predstečajnih nagodbi s

2 Osim ako je suma dužnikovih obveza preko 10 milijuna kuna, u tom je slučaju nadležan regionalni centar FINA-e u Zagrebu, temeljem odredbe čl. 26. st. 3. ZFPPN-a.

3 Budući da je izvorni spis već dostavljen uz prvi odgovor na tužbu.

brojnim vjerovnicima, ponekad i s više stotina njih.

U slučaju kad je, npr. prvostupanjskim rješenjem, protiv kojeg je u II. stupnju žalba odbijena, utvrđeno da su za plan restrukturiranja glasovali vjerovnici s preko dvije trećine utvrđenih tražbina, a to se osporava u upravnom sporu, zainteresirane osobe trebali bi biti svi vjerovnici nositelji tih dvije trećine utvrđenih tražbina.

Mogućnost da sud sazna koji su to vjerovnici koji bi trebali biti zainteresirane osobe u upravnom sporu realno nastaje tek nakon pribave spisa upravnog postupka, te temeljitog proučavanja istog. Ta činjenica dodatno usporava postupak upravnog spora, da ne spominjemo daljnje tehničke poteškoće koje se mogu očekivati⁴.

Zakonodavac, donoseći ZUS, nije predvidio mogućnost nastanka sporova s tolikim brojem sudionika.

Valja predvidjeti i mogućnost konfuzije tuženika i zainteresirane osobe. Naime, sasvim je lako moguće da se i u smislu čl. 4. st. 2. ZUP-a, Ministarstvo financija pojavi i kao vjerovnik u postupku predstečajne nagodbe (dakle, zainteresirana osoba ako je većinski vjerovnik kod tužbe bilo kojeg manjinskog vjerovnika), i kao tuženik u upravnom sporu. O potencijalnoj štetnosti takve konfuzije bit će još riječi u ovom radu infra.

IV. ODGODNI UČINAK TUŽBE

Protiv rješenja donesenih u postupku predstečajne nagodbe moguće je temeljem odredbe čl. 30. ZFPPN-a izjaviti žalbu u roku 8 dana, a drugostupanjsko tijelo ima rok od daljnjih 8 dana da odluči o žalbi.⁵ Žalba ne odgađa izvršenje rješenja, dakle nije suspenzivna. Izuzetno suspenzivni učinak ima žalba protiv završnog rješenja ispitnog postupka iz čl. 60. st. 13. ZFPPN-a o kojem će dalje biti više riječi.

U skladu s odredbom čl. 60. ZFPPN-a na prvom ročištu u ispitnom postupku utvrđuju se tražbine prema prijavama vjerovnika i prema ispravama koje je dostavio dužnik. Ako se na tom ročištu postigne potrebna većina za prihvaćanje plana financijskog restrukturiranja, nagodbeno vijeće će rješenjem utvrditi da je za plan glasovao dovoljan broj vjerovnika⁶ i da je postupak proveden u skladu s ZFPPN-om. Protiv toga rješenja dopuštena je žalba, i ta žalba ima suspenzivni značaj, prema izričitoj odredbi čl. 60. st. 14. ZFPPN-a.

Ako žalba protiv opisanog rješenja nagodbenog vijeća iz čl. 60. st. 13. ZFPPN-a bude u II. stupnju odbijena, dužnik je u skladu s odredbom čl. 60. st. 1. istoga zakona

4 Jedan od najpoznatijih sudskih izvjestitelja svih vremena, književnik Charles Dickens, opisao je u svom djelu „Sumorna kuća“ načelo prema kojemu pretjerana brojnost stranaka u nekom sudskom postupku jednostavno onemogućava da se taj postupak uopće provede.

5 Žalba nije dopuštena protiv zaključaka, kao niti protiv odluke nagodbenog vijeća u nadzoru rada povjerenika predstečajne nagodbe, odnosno razrješenja povjerenika (čl. 36. st.3. ZFPPN).

6 Dovoljan broj vjerovnika ZFPPN definira u čl. 63. Vjerovnici se dijele u tri grupe, i to: 1. tijela javne uprave i trgovačka društva u većinskom državnom vlasništvu, 2. druge financijske institucije i 3. ostali vjerovnici, pri čemu se plan financijskog restrukturiranja smatra prihvaćenim ako za njega glasuju vjerovnici preko pola utvrđenih tražbina iz svake grupe, ili vjerovnici preko dvije trećine svih utvrđenih tražbina.

dužan u roku od 15 dana od izvršnosti rješenja⁷ podnijeti nadležnom trgovačkom sudu prijedlog za sklapanje predstečajne nagodbe, a sud je ročište za sklapanje nagodbe dužan održati u roku 15 dana računajući od dana podnošenja prijedloga.

Istovremeno je rok za podnošenje tužbe u upravnom sporu definiran odredbom čl. 24. st. 1. ZUS-a na 30 dana računajući od dana dostave osporene pojedinačne odluke, pri čemu tužba u upravnom sporu prema odredbi čl. 26. st. 1. ZUS-a načelno nema odgovni učinak.

Pojednostavljeno, nakon što Ministarstvo financija odbije žalbu protiv rješenja iz čl. 60. st. 13. ZFPPN-a, nastaje utrka između onih koji bi temeljem tog rješenja željeli sklopiti predstečajnu nagodbu, i onih koji žele osporiti zakonitost tog rješenja u upravnom sporu pred Upravnim sudom. Obje strane imaju isti rok (15+15, odnosno 30 dana), a oba postupka zahtijevaju spis iz upravnog postupka (čl. 66. st. 4. ZFPPN-a, odnosno čl. 32. st. 4. ZUS-a), pri čemu je za upravni spor potrebno dostaviti spis u fizičkom („papirnatom“) obliku, dok ga je za sklapanje predstečajne nagodbe potrebno dostaviti nadležnom trgovačkom sudu elektroničkim putem.

Ključno je pitanje: Što ako se predstečajna nagodba dopusti na trgovačkom sudu i potpiše ju dovoljan broj zakonom predviđenih osoba, a zatim upravni sud ocijeni da je rješenje kojim se utvrđuje da je za plan glasovao dovoljan broj vjerovnika i da je postupak proveden u skladu sa ZFPPN nezakonito?

Prema odredbi čl. 83. ZFPPN-a predstečajna nagodba može se pobijati pod istim uvjetima kao i sudska nagodba. Zaključenje sudske nagodbe regulirano je odredbama čl. 321.-324. ZPP-a. Iz dikcije cjelokupnog ZPP-a jasna je dvostruka, građanskopravna i procesnopravna priroda sudske nagodbe, a što ističe i teorija procesnog prava⁸. Prema pravnoj teoriji, jer pobijanje sudske nagodbe nije regulirano pozitivnim pravom, moguće bi bilo protiv sudske nagodbe podnijeti prijedlog za ponavljanje postupka⁹.

U konkretnom slučaju, u obzir bi najprije došao razlog iz čl. 421. st. 1. toč. 8. ZPP-a, tj. ako se odluka suda temelji na drugoj odluci suda ili na odluci kakva drugog tijela, a ta odluka bude pravomoćno preinačena, ukinuta odnosno poništena.

Tako bi se tužitelj pred upravnim sudom, pod uvjetom da uspije s tužbom u upravnom sporu, ali je u međuvremenu pred trgovačkim sudom predstečajnu nagodbu već potpisao dužnik i određeni broj drugih vjerovnika, našao u situaciji da pobija nagodbu koju (čak i) nije potpisao, ali ona u odnosu na njega proizvodi pravne učinke. To je, svakako, težak položaj, posebno stoga što za takvo ponavljanje postupka nisu predviđeni ubrzani rokovi, kao što su propisani za ostale procesne radnje u okviru ZFPPN.

Stoga autor smatra da bi upravni sudovi trebali u tim slučajevima koristiti ovlaštenje iz čl. 26. st. 2. ZUS-a, na zahtjev tužitelja ili po službenoj dužnosti.¹⁰ Ako takvog zahtjeva nema – i odlučivati da tužba protiv rješenja rješenja iz čl. 60. st. 13. ZFPPN-a ima odgovni učinak. Smatram da će se za takvu odluku često steći svi

7 Izvršnost nastaje, prema odredbi čl. 133. st. 3. ZUP-a, dostavom II. st. rješenja stranci.

8 Triva, Siniša, *Građansko procesno pravo*, Narodne Novine Zagreb, str. 480. i dr.

9 *Ibid.*, str. 483.

10 Đerđa, Dario i Šikić, Marko, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Novi informator, Zagreb 2012., str. 176.

ZUS-om propisani kumulativno potrebni uvjeti, a to su a) prijeteća teško popravljiva šteta, b) da nije zakonom propisano da žalba ne odgađa izvršenje i c) da odgoda nije protivna javnom interesu (jer je pravilno rješavanje sporova uvijek u javnom interesu, a nepravilno nikada).

Najproblematičniji od tri navedena uvjeta za odgodni učinak je „prijeteća teško popravljiva šteta“. Ona će redovito prijetiti ako se financijsko restrukturiranje namjerava provesti pretvaranjem tražbina vjerovnika u kapital¹¹ (jer će u međuvremenu netko od vjerovnika moći prodati tako stečeni udjel ili dionice, što će biti teško naknadno ispraviti), ili ako se predviđa obveza dužnika na sklapanje posebnih ugovora na temelju predstečajne nagodbe¹² (jer će takve ugovore biti teško kasnije pobijati, posebno treća osoba), ili u drugim sličnim slučajevima. Suprotno tome, najmanja šteta prijetila bi vjerovnicima ako se predlaže tek smanjenje tražbina u postotku i rok namirenja,¹³ jer su to brojke koje se i kasnije mogu korigirati.

V. STATUS VJEROVNIKA

Prema odredbi čl. 71. ZFPPN-a pravne posljedice otvaranja postupka predstečajne nagodbe nastaju za sve tražbine vjerovnika koje su nastale do otvaranja postupka, ali ne utječe na pravo odvojenog namirenja izlučnih i razlučnih vjerovnika, kao niti na prioritetne tražbine (tražbine radnika iz radnog odnosa u bruto iznosu, otpremnine do zakonom ili kolektivnim ugovorom propisane visine i tražbine na temelju naknade štete zbog ozljede na radu ili profesionalne bolesti). Ti vjerovnici na čije pravo namirenja predstečajna nagodba nema učinka u načelu ne prijavljuju svoja potraživanja niti imaju pravo glasa kao ostali vjerovnici. Iznimka je u čl. 59. ZFPPN-a predviđena za različne vjerovnike koji se izjavom odreknu prava na odvojeno namirenje tijekom trajanja postupka predstečajne nagodbe,¹⁴ te prijave svoju tražbinu. Oni tada u postupku imaju pravo glasa kao i ostali vjerovnici s priznatim tražbinama. Teško je zamisliti što bi moglo motivirati razlučnog vjerovnika da izjavom postane „obični“ vjerovnik, i tako pristane dobiti manje i kasnije od onoga što bi mogao postići odvojenim namirenjem.

Vjerojatno najspornija odredba ZFPPN-a je odredba čl. 72a. koja propisuje da u postupak „solidarni dužnici, jamci dužnika, banke garanti/izdavatelji akreditiva“ prijavljuju svoje nedospjele tražbine za koje će imati regresno pravo od dužnika u slučaju ispunjenja obveze (pri čemu pravo glasa nemaju solidarni dužnici, jamci dužnika i osobe koje imaju pravo regresa ako imaju pravni položaj povezanih osoba, tj. ako su članovi uprave dužnika, članovi društva dužnika ili dioničari s preko 25% udjela dužnika, odnosno vladajuće ili ovisno društvo u odnosu na dužnika). Ta se odredba vjerojatno temelji na odredbi čl. 66. st. 14. ZFPPN-a prema kojoj predstečajna nagodba

11 Čl. 44. st. 1. toč. 8. ZFPPN-a.

12 Čl. 46a. st. 1. toč. 4. ZFPPN-a.

13 Čl. 45. ZFPPN-a.

14 Izjava o odricanju od prava na odvojeno namirenje ne utječe na sadržaj i pravne učinke založnih i drugih prava koji su osnova razlučnog prava, a u svakom slučaju prestaje obvezivati vjerovnika ako dužnik zakasni u ispunjenju obveze iz sklopljene i odobrene predstečajne nagodbe (čl. 59. st. 2. i 3. ZFPPN).

nema učinak na tražbine vjerovnika prema solidarnim dužnicima i jamcima platcima koji su pored dužnika iz predstečajne nagodbe obvezni prema tom vjerovniku. Dakle, ako dužnik nagodbe vjerovniku prema nagodbi treba isplatiti zakonski minimum – 30% ili 40% tražbine prema odredbi čl. 45. ZFPPN-a vjerovnik će se od solidarnog dužnika/jamca platca još uvijek moći namiriti u cijelosti.

Temeljni problem s odredbom čl. 72a. ZFPPN-a matematičke je prirode. Hipotetski, dužnik koji je od banke uzeo 100 nečega uz dva jamca platca, tijekom pripremanja nagodbe dugovat će na papiru – 300, tj. za toliko će vjerovnici imati pravo glasovati, kako proizlazi iz zakona, jer u vrijeme sklapanja nagodbe jamci platci još ne znaju koliko će se (i hoće li se uopće) vjerovnik naplatiti od dužnika. Dakle, u odnosu na dužnika za istu svotu postoji jedan primarni vjerovnik i dva supsidijarna, ali u odnosu na primarnog vjerovnika tražbine situacija je takva da on ima tek jednu trećinu glasova vjerovnika. Kasnije, kad se nagodba sklopi i počne se (ili ne počne) izvršavati, situacija se mijenja, pa se dužnik preko nagodbom utvrđenog opsega oslobađa obveze i plaćanja primarnom dužniku, i plaćanja regresa jamcima – supsidijarnim vjerovnicima. Ali u trenutku prijave potraživanja još uopće nije izvjesno što će kasnije biti ponuđeno financijskim planom (a kamo li izglasano), pa će tražbine biti prijavljene u cijelosti.

Pri tomu treba posebno naglasiti da se u skladu s odredbom čl. 60. st. 2. ZFPPN-a smatraju utvrđenima one tražbine kod kojih postoji suglasnost dužnika i vjerovnika, bez zakonski ugrađene sudske kontrole i bez mogućnosti drugih vjerovnika da osporavaju neku od priznatih tražbina (osim posredno, putem žalbe na rješenje iz čl. 60. st. 13.).

Čak i uz pretpostavku savjesnosti i poštenja svih sudionika ovakvo rješenje prijeti mogućnošću grubih pogrešaka na štetu „pravih“ vjerovnika, a što će tek biti ako dođe do pokušaja manipulacije na njihovu štetu? Pri tomu treba napomenuti još dvije važne stvari: kao prvo, sada važeća odredba čl. 72a. definira određeni krug povezanih društava koja nemaju pravo glasa bez obzira što imaju priznatu tražbinu, ali ta je dopuna u odnosu na raniju verziju (koja nije sadržavala takvu zabranu)¹⁵ unesena tek ZID ZFPPN-om (NN 81/13.), i ne primjenjuje se na postupke koji su u tijeku. Drugo, temeljem odredbe čl. 60. st. 8. ZFPPN-a postupak se obustavlja ako vrijednost osporenih tražbina prelazi 25%, što bi značilo da tada slijedi stečaj, pa se može pretpostaviti da bi dužnik mogao priznavati i nepostojeće tražbine, kako bi izbjegao takvu mogućnost.

Logički gledano, interes vjerovnika i dužnikovih jamaca trebao bi biti potpuno isti. Vjerovnik želi naplatiti svoju tražbinu u što većem postotku, a jamci žele to isto, jer što više vjerovnik naplati od dužnika, manje će potraživati od jamca (i jamac će

15 Glasi: „(1)Solidarni dužnici i jamci dužnika te banke garanti/izdavatelji akreditiva prijavljuju u postupak predstečajne nagodbe svoja dospjela i nedospjela potraživanja s osnova jamstava/solidarnog dužništva/garancija/akreditiva, s tim da po izvršenom plaćanju nakon sklapanja predstečajne nagodbe imaju pravo isto naplatiti od dužnika u skladu s predstečajnom nagodbom. (2) Solidarni dužnici i jamci dužnika te banke garanti/izdavatelji akreditiva na osnovu prijavljenih potraživanja imaju pravo glasa sukladno članku 62. ovoga Zakona po osnovi solidarnog dužništva, jamstva ili garancije dane prije otvaranja postupka predstečajne nagodbe“.

moći veći postotak plaćenog ostvariti regresno). Stoga nije sasvim jasno zbog čega je zakonodavac odlučio duplirati glasove vjerovnika i „vjerovnika“ iste tražbine, za jednoga dospjele, za drugoga čak niti ne nastale, a u svakom slučaju tek alternativno postojeće.

VI. ŠTO POKAZUJE PRAKSA

U relativno kratkom razdoblju primjene ZFPPN-a upravnosudska praksa zabilježila je tužbe temeljene na čitavom nizu zakonskih odredaba. Tako su podnosili tužbe:

- dužnik kojem je odbačen prijedlog za otvaranje postupka predstečajne nagodbe zbog propuštanja dostave propisane dokumentacije;
- dužnik kojem je odbačen prijedlog za otvaranje postupka predstečajne nagodbe zbog pokretanja stečajnog postupka (koji je bio pokrenut, ali još nije bio otvoren);
- dužnik kojem je odbačen prijedlog za otvaranje postupka predstečajne nagodbe zbog propuštanja dostave propisane dokumentacije, a koji je čekao (i nije dočekaao) od Porezne uprave ovjereni sporazum o prihvaćanju plana financijskog restrukturiranja;
- dužnik jer je obustavljen postupak predstečajne nagodbe zbog toga što je platio račune koji datiraju prije dana otvaranja postupka predstečajne nagodbe;
- dužnik jer je obustavljen postupak predstečajne nagodbe zbog toga što nije prihvaćen plan financijskog restrukturiranja, premda je najveći vjerovnik glasao „za“;
- dužnik jer je obustavljen postupak predstečajne nagodbe zbog toga što nije prihvaćen plan financijskog restrukturiranja, a nagodbeno vijeće nije uputilo vjerovnike da predlože izmijenjeni plan;
- dužnik jer je obustavljen postupak predstečajne nagodbe, a nije mu omogućeno potrebno vrijeme za očitovanje o svim tražbinama (tek 8 dana) te jer je prijavljena potpuno izmišljena tražbina;
- vjerovnik koji je prijavio tražbinu, ali ona nije iskazana u tablicama;
- razlučni vjerovnik koji je prijavio tražbinu, a osporava protutražbinu dužnika stavljen u prijeboj;
- vjerovnik kojem je tražbina priznata tek djelomično, a on vodi pred Trgovačkim sudom postupak kojim utvrđuje egzistentnost tražbine (postupak u prekidu zbog otvaranja predstečajne nagodbe);
- vjerovnik zbog netočnog zapisnika s ročišta (a koji je mogao vidjeti tek na web stranici FINA-e);
- vjerovnik koji raspolaže ovršnom ispravom, a tražbina mu je ipak osporena, te nije obuhvaćena tablicama;
- razlučni vjerovnik kojem je osporeno razlučno pravo;
- vjerovnik koji osporava tražbine drugim vjerovnicima jer smatra da se svakom sudužniku ne može priznati cijeli iznos duga;

- vjerovnik prioritetne tražbine (radnik) koji je ipak prijavio tražbinu, a ona nije uvrštena među priznate tražbine u tablicama;
- dužnik jer je kao stranka u postupku bio tretiran jedan izlučni vjerovnik;
- dužnik protiv rješenja kojim mu se nalaže plaćanje troškova postupka;
- dužnik kojem je odbijen zahtjev za sklapanje sporazuma o prihvaćanju plana financijskog restrukturiranja zbog neurednog izvršavanja poreznih obveza s pozivom na Uredbu o uvjetima, načinu i postupku raspolaganja s tražbinama s naslova poreznog duga u postupku predstečajne nagodbe;
- vjerovnik jer su za plan financijskog restrukturiranja glasale s dužnikom povezane osobe;
- vjerovnik (fakultet) koji smatra da mu poseban zakon priječi stjecanje dionica, a što je planom financijskog restrukturiranja bilo predviđeno namirenje konverzijom duga u kapital dužnika;
- vjerovnik koji osporava plan financijskog restrukturiranja jer sadrži zakonu nepoznate kategorije „dobavljače u tuzemstvu“, „dobavljače u inozemstvu“ i „dobavljače-povezana društva“ te tako krši načelo da vjerovnici iste kategorije tražbina imaju jednaki položaj;
- vjerovnik jer je planom financijskog restrukturiranja bilo predviđeno namirenje konverzijom duga u kapital dužnika, ali nije bilo predviđeno povećanje temeljnog kapitala dužnika, što dovodi u pitanje ovršnost nagodbe;
- dužnik jer je isti vjerovnik prijavio istu tražbinu u istom iznosu u dvije predstečajne nagodbe, a tražbina se temelji na činjenici da je tužitelj pristupio dugu i smatra da će se time taj vjerovnik naplatiti značajno više nego ostali vjerovnici;
- dužnik jer je prekinut postupak predstečajne nagodbe do završetka postupka utvrđivanja zlouporabe prava u porezno-dužničkom odnosu pred nadležnim tijelom, itd.

Iz raznolikosti izloženih slučajeva, kao i iz veličine potraživanja koja su u pitanju, jasno je da se od prakse očekuje pronalaženje mnogih odgovora i to u vrlo kratkom roku.

Kad se pogleda institut predstečajne nagodbe u cjelini, može se zaključiti da se on temelji na dva načela: očajničkoj želji da se pod svaku cijenu sačuvaju radna mjesta i pretpostavci da će vjerovnici predstečajnom nagodbom dobiti malo, ali ipak više nego što bi dobili u stečaju.

Istodobno institut predstečajne nagodbe negira jedan od postulata tržišne privrede tj. da subjekti koji ne posluju dobro trebaju nestati i ustupiti svoje mjesto drugima, kvalitetnijima.

U tom je smislu od ranih 90-ih godina prošloga stoljeća naša pravna znanost razvijala projekt zaštite vjerovnika, projekt koji je donošenjem i primjenom ZFPPN-a doživio ozbiljan udarac. Također je ozbiljan udarac pretrpilo trgovačko sudovanje, jer im ZFPPN ne daje ovlasti da utvrđuju činjenice, već tek da pomažu u sklapanju nagodbi.

Tim je veća odgovornost na upravnoj grani sudstva. Nakon što joj je stavljeno u

zadatak da odlučuje u pitanjima koja mahom spadaju u drugu granu prava, trgovačko pravo, očekuje se i da brzinom postupanja odgovori na (olako propisanu) brzinu sklapanja predstečajnih nagodbi prema ZFPPN-u.

Hoće li to upravni sudovi moći učiniti, odnosno u kojoj će mjeri to uopće biti moguće učiniti, pokazat će vrijeme.

Summary

ADMINISTRATIVE COURT PROCEDURE ASPECTS OF IMPLEMENTATION OF THE LAW ON FINANCIAL OPERATIONS AND COMPOSITION

The article, entitled Administrative court procedure aspects of implementation of the Law on financial operations and composition discuss some issues related to the provisions of this law that are associated with the Law on Administrative Disputes and administrative courts in general. So it questions the jurisdiction of administrative courts in administrative disputes arising from actions caused by composition procedure, the status of the persons concerned in such disputes, the need for that an administrative action has suspensive effect, and enumerate the most frequent reasons for previous filing lawsuits.

Key words: *composition, administrative disputes.*

Zusammenfassung

VERWALTUNGSGERICHTLICHE VERFAHREN DER ANWENDUNG DES GESETZES ÜBER DIE FINANZIELLE GESCHÄFTSFÜHRUNG UND DIE VORINSOLVENZLICHE EINIGUNG

Die Arbeit bearbeitet manche Themen bezüglich der Bestimmungen des Gesetzes über die finanzielle Geschäftsführung und die vorinsolvenzliche Einigung, welche mit dem Gesetz über Verwaltungstreitigkeiten und Verwaltungsgerichte verbunden sind. Die Zuständigkeit von Verwaltungsgerichten in den aus den vorinsolvenzlichen Einigungen hervorgegangenen Verwaltungstreitigkeiten, der Status der interessierten Partei in solchen Streitigkeiten und die Notwendigkeit, dass die Klage in der Verwaltungstreitigkeit die aufschiebende Wirkung hat, werden problematisiert. Die häufigsten Gründe für die bisherige Einreichung der Klagen werden angegeben.

Schlüsselwörter: *vorinsolvenzliche Einigung, Verwaltungstreitigkeit.*

Riassunto

**ASPETTI DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA
CONCERNENTI L'APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA
SULLE TRANSAZIONI AMMINISTRATIVE E SUL
CONCORDATO PREVENTIVO**

Nel testo che porta il titolo aspetti di giustizia amministrativa concernenti l'applicazione della normativa sulle transazioni amministrative e sul concordato preventivo si analizzano alcuni temi che si riferiscono a disposizioni della menzionata legge e che sono collegate alla legge sui giudizi amministrativi e sui tribunali amministrativi in generale. Così, si prende in esame la questione della competenza dei tribunali amministrativi nei procedimenti amministrativi derivanti da procedimenti di concordato preventivo, da transazioni, dallo status del soggetto di tali procedimenti, dalla necessità che il ricorso nel procedimento amministrativo abbia effetto dilazionante. Inoltre, si indicano le ragioni che più frequentemente stanno alla base della presentazione dei ricorsi.

Parole chiave: *concordato preventivo, procedimento amministrativo.*

PRAVNI LIJEKOWI U ZEMLJIŠNOKNJIŽNOM POSTUPKU (STANJE U REPUBLICI HRVATSKOJ I KOMPARATIVNI PRIKAZ STANJA U REPUBLICI SLOVENIJI, REPUBLICI MAKEDONIJI I FEDERACIJI BOSNI I HERCEGOVINI)

Damir Kontrec, mag. iur., sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 343.155:349.41
Ur.: 28. siječnja 2014.
Pr.: 20. veljače 2014.
Stručni rad

Sažetak

Pravni lijekovi u sudskom postupku služe nezadovoljnoj stranci da traži promjenu ili ukidanje odluke za koju smatra da je nezakonita odnosno nepravilna. Novela Zakona o zemljišnim knjigama iz 2013. godine uvela je prigovor kao redovni pravni lijek u zemljišnoknjižnom postupku, koji stranke imaju pravo izjaviti protiv prvostupanjske odluke povodom prijedloga za upis. U radu se izlažu i novine glede žalbe koja se sada može izjaviti protiv rješenja zemljišnoknjižnog suda povodom prigovora, kao i zauzeta shvaćanja glede izjavljivanja revizije u zemljišnoknjižnom postupku. Također se komparativno prikazuju pravni lijekovi u zemljišnoknjižnom postupku u Sloveniji, Makedoniji i Federaciji Bosni i Hercegovini.

Ključne riječi: *pravni lijekovi, redovni i izvanredni, prigovor, žalba, zabilježba prigovora odnosno žalbe, izvanredna revizija, razlozi za izjavljivanje prigovora, odnosno žalbe u zemljišnoknjižnom postupku.*

1. UVODNE NAPOMENE

Kada se govori o zemljišnoknjižnom postupku, tada treba imati na umu da je u Republici Hrvatskoj zemljišnoknjižni postupak sudski, izvanparnični postupak, koji se odvija pred općinskim sudovima – zemljišnoknjižnim sudovima. No, i viši sudovi mogu odlučivati u postupku po pravnim lijekovima i to drugostupanjski sudovi povodom žalbe, te Vrhovni sud Republike Hrvatske povodom izvanrednog pravnog lijeka, tzv. izvanredne revizije. Ako je povrijeđeno neko ustavno pravo u zemljišnoknjižnom postupku može odlučivati i odlučuje i Ustavni sud Republike Hrvatske.

Prema statističkim podacima Ministarstva pravosuđa od kolovoza 2004. godine, kada je započela reforma zemljišnoknjižnog sustava u Republici Hrvatskoj, pa do studenoga 2013. godine ukupno je zaprimljeno 4.628.172 zemljišnoknjižna predmeta,

odnosno u radu je pred zemljišnoknjižnim sudovima ukupno bilo 4.959.196 predmeta, te je u istom razdoblju izdano ukupno 14.756.775 zemljišnoknjižnih izvadaka.¹ Tako veliki broj predmeta za sobom povlači i određeni broj predmeta u kojima je izjavljen pravni lijek. Prema podacima nadležnoga ministarstva u zemljišnoknjižnim postupcima godišnje se izjavljuje oko 7000 žalbi², pri čemu bi broj žalbi bio i veći, no često stranka koja nije zadovoljna odlukom zemljišnoknjižnog suda ne izjavljuje žalbu, već umjesto toga ponovno podnosi prijedlog za upis, kojem priloži ono što u prethodnom nije učinila ili ispravi nedostatak zbog kojeg joj je u ranijoj etapi postupka prijedlog za upis odbačen ili odbijen.

Ako se promatra ukupan broj predmeta koji je zaprimljen pred svim sudovima u Republici Hrvatskoj u 2012. godini od 1.658.004 predmeta, zemljišnoknjižni predmeti u tomu predstavljaju gotovo 30%, točnije u 2012. godini zaprimljeno je ukupno 476.543 novih zemljišnoknjižnih predmeta.³

U radu se govori o ulozi pravnih lijekova u sudskom postupku, kao novine glede pravnih lijekova u zemljišnoknjižnom postupku, odnosno dostave pismena u zemljišnoknjižnom postupku, koje je donio Zakon o izmjenama i dopuna Zakona o zemljišnim knjigama iz 2013. godine.⁴

Isto tako prikazat ćemo i praksu Ustavnog suda Republike Hrvatske koja se odnosi na materiju pravnih lijekova u zemljišnoknjižnom postupku, kao i komparativni prikaz uređenja pravnih lijekova u zemljišnoknjižnom postupku u Sloveniji, Makedoniji i Federaciji Bosni i Hercegovini.

2. OPĆENITO O PRAVNIM LIJEKOVIMA

Pravni lijek je procesna (parnična) radnja stranke u postupku ili druge osobe koja je sa strankom izjednačena koju ona poduzima da bi u tom konkretnom sudskom postupku polučila preinačenje ili ukidanje neke pogrešne sudske odluke, te da bi se istovremeno ta pogrešna odluka zamijenila nekom drugom.

Odluka može biti pogrešna iz dva osnovna razloga. Prvi je jer je sud pogrešno ili nepotpuno utvrdio činjenično stanje na koje treba primijeniti materijalno pravo. Drugi razlog je kada je sud potpuno i pravilno utvrdio činjenično stanje, ali je na takvo činjenično stanje pogrešno primijenio materijalno pravo, dakle konkretnu pravnu normu.

1 www.e-izvadak.pravosudje.hr/

2 Obrazloženje uz Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama iz 2013. godine – www.sabor.hr

3 Statističko izvješće Ministarstva pravosuđa za 2012. godinu (www.mprh.hr/uprava-zao-organizaciju-pravosudje-statisticka-istr).

Iz istog izvješća vidljivo je da je u 2010. godini zaprimljeno ukupno 480.096 novih zemljišnoknjižnih predmeta, u 2011. godini 473.774. U isto vrijeme u 2010. godini riješeno je ukupno 506.113 predmeta, u 2011. 485.421 predmet te u 2012. 479.810 predmeta. Zanimljiv je i trend smanjivanja broja neriješenih predmeta, pa je tako na kraju 2010. bio 69.131 neriješen predmet, 2011. godine 57.484 predmeta, te na kraju 2012. 54.928 predmeta, s time da je trend smanjivanja broja neriješenih predmeta nastavljen i u 2013. godini, a u vrijeme pisanja ovog rada ti podatci još nisu bili javno dostupni.

4 Narodne novine br. 55/13, 60/13 – ispravak, dalje ZID ZZK.

U ovim slučajevima pogrešna je samo odluka koju je sud donio, odnosno izreka odluke, pa teorija ovu pogrešku još naziva i pogreškom u suđenju.⁵

Osim što odluka suda može biti pogrešna jer činjenično stanje nije pravilno utvrđeno ili jer nije pravilno primijenjena pravna norma, ona može biti pogrešna jer je sud u postupku donošenja odluke počinio povredu pravila postupka i to onih koje je zakonodavac propisao kao jamstvo da će se postupak voditi pravilno i nepristrano ili općenito govoreći kao jamstvo pravne sigurnosti i jednakosti svih pred zakonom. Cilj je procesnih pravila gledano pojedinačno na svako pojedino pravilo i u njihovoj ukupnosti osigurati za sve koji se pojave pred sudom ista, unaprijed postavljena pravila, čije dosljedno poštovanje vodi zakonitoj odluci. U ovom slučaju radi se o pogreškama u postupku.⁶

Pravna teorija⁷ i procesni zakoni, pravne lijekove dijele prije svega na redovne i izvanredne pravne lijekove. Redovni pravni lijekovi su oni pravni lijekovi koji se ulažu protiv nepravomoćnih sudskih odluka, dok su izvanredni pravni lijekovi oni koji se podnose protiv pravomoćnih sudskih odluka.

Pravni lijekovi se mogu definirati i s obzirom na sud koji donosi odluku o pravnom lijeku. S obzirom na taj kriterij pravni lijekovi se dijele na devolutivne i remonstrativne pravne lijekove. Remonstrativan pravni lijek je onaj o kojem odlučuje isti sud koji je i donio odluku koja se napada žalbom. Devolutivan pravni lijek je onaj, kada sud koji je donio odluku, prenosi odlučivanje o osnovanosti pravnoga lijeka na neposredno viši sud.

Po donošenju odluke suda, uloženi pravni lijek može imati i učinke glede prisilne provedbe odluke. S obzirom na ovo djelovanje pravne lijekove dijelimo na suspenzivne i nesuspenzivne. Suspenzivan pravni lijek je onaj koji sprječava izvršenje odluke, odnosno koji sprječava daljnje radnje u postupku sve dok se ne donese odluka o pravilnosti odluke koja se napada žalbom. Nesuspenzivan pravni lijek je onaj čijim se ulaganjem ne sprječava izvršenje odnosno nastavak postupka.

Pravni lijekovi mogu se podijeliti i s obzirom na to propisuju li pravila postupka obvezu suda da omogući suprotnoj strani da se očituje o navodima pravnog lijeka. Tako pravne lijekove možemo podijeliti na jednostrane i dvostrane pravne lijekove. Jednostrani pravni lijek je onaj o kojem sud donosi odluku isključivo na temelju podataka koje sadrži taj pravni lijek, dakle na temelju informacija i argumenata samo one stranke koja je podnijela pravni lijek ne tražeći da se o tom očituje druga suprotstavljena stranka u postupku. Kod dvostranoga pravnog lijeka sud je dužan omogućiti drugoj stranci u postupku očitovati se na navode pravnoga lijeka.

No, neovisno gore navedenim podjelama, da bi pravni lijek mogao za stranku koja ga podnosi prouzročiti željene učinke, promjenu postojeće sudske odluke, pravni lijek mora biti dopušten, mora biti pravodobno podnesen, mora ga podnijeti ovlaštena osoba, mora imati propisani minimalni sadržaj i podnositelj pravnog lijeka mora za podnošenje istog imati pravni interes.

5 *Error in iudicando.*

6 *Error in procedendo.*

7 Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004.

Sve gore navedeno vrijedi i za zemljišnoknjižni postupak kao jedan od sudskih izvanparničnih postupaka.

3. NOVINE U DOSTAVI U ZEMLJIŠNOKNJIŽNOM POSTUPKU

ZID ZZK iz 2013. godine donio je značajne novine u području dostave u zemljišnoknjižnom postupku.⁸ Može se slobodno reći da se time u značajnoj mjeri odstupa od pravila dostave koja su propisana pravilima parničnog postupka. Neki kritičari novih rješenja smatraju da su određena rješenja protuustavna, da će u praksi izazivati puno problema, no činjenica je da se u zemljišnoknjižnim predmetima veliki broj dostava vraća sudu kao neuspješno izvršene, kao neuredne, adresati su nepoznati i tomu slično. Razlozi za to su prije svega u činjenici da se adrese u zemljišnoj knjizi nisu ažurirale, odnosno točnije rečeno adrese su upisane onako kako su one bile navedene u prijedlogu za upis (ili nekoj ispravi) i to od vremena kada je izvršen zadnji upis.

Ostaje za vidjeti kako će se nova rješenja primjenjivati u praksi i koji će se problemi javiti, no čini nam se potrebnim ukazati na odredbu čl. 122. Zakona o zemljišnim knjigama⁹ prema kojoj činjenica da dostava nije uredno ili nije uopće izvršena ne daje prava osporavati valjanost knjižnog upisa. Onaj koji iz knjižnog upisa za sebe izvodi prava ili oslobođenja od obveze nije dužan dokazivati da je dostava izvršena. Upravo ova odredba relativizira vrijednost dostave u zemljišnoknjižnom postupku, s obzirom na posljedicu koja proizlazi iz rješenja zemljišnoknjižnog suda povodom podnesenog prijedloga, a to je izvršeni upis.

Glede same Novele ZZK-a u pogledu pravila o dostavi valja posebno istaknuti sljedeće.

Rješenje koje je doneseno u zemljišnoknjižnom postupku dostavlja se prije svega predlagatelju ili njegovom punomoćniku, ali također i svim drugim osobama na čijoj se nekretnini stječe knjižno pravo i čija se knjižna prava prenose, ili opterećuju, ograničavaju, ili ukidaju, kao i osobi protiv koje je provedena zabilježba. To znači da zemljišnoknjižni sud rješenje mora dostaviti svim osobama koje su navedene u čl. 120. st. 1. ZZK-a i to bez iznimke u svakom slučaju kada se mijenja stanje nekoga knjižnog prava u zemljišnim knjigama na temelju rješenja koje se dostavlja. Drugim riječima kada zemljišnoknjižni sud udovoljava prijedlogu predlagatelja i mijenja zemljišnoknjižno stanje u korist predlagatelja, a na štetu nekih drugih ranijih ovlaštenika knjižnih prava čija se prava prenose, opterećuju, ograničavaju ili ukidaju tada takvo rješenje mora dostaviti i tim osobama. *Argumentum a contrario* kada se ne udovoljava prijedlogu predlagatelja, jer se odbija predloženi upis pa se zbog toga takvim rješenjem ne mijenjaju, ne opterećuju, ne ukidaju i neograničavanu nečija knjižna prava slijedi da se takvo rješenje mora dostaviti samo predlagatelju.

8 Vidi opširnije, Đuro Sessa, Dostava i uređenje pravnih lijekova prema Noveli Zakona o zemljišnim knjigama, u V. Bilić, A. M. Končić, D. Kontrec, B. Mičević, N. Radišić, Đ. Sessa, Zakon o zemljišnim knjigama – Konačni prijedlog Novele iz 2013., Novi informator, Zagreb, 2013.

9 Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04 i 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13, dalje ZZK.

Odredbom čl. 120. st. 2. ZZK-a propisano je da se rješenje o upisu dostavlja nakon što je provedeno ili kako zakon kaže „nakon njegove provedbe“. Ovaj stavak noveliranog čl. 120. ZZK-a nije izmijenjen. Zakonodavac se nije odlučio za izmjenu ovog članka, iako se može dogoditi da se knjižni prijenos dalje izvrši, iako rješenje o upisu u korist knjižnog prednika nije postalo pravomoćno. Možda bi bilo korisno da se u budućnosti razmisli o tomu da se propiše zabilježba da rješenje o upisu nije pravomoćno, ili nešto slično, kako bi svi kojih se to tiče mogli znati da upis koji je izvršen u korist knjižnog prednika nije (još) pravomoćan.

Glede adrese dostave prema odredbi čl. 120. st. 3. ZZK-a rješenje u zemljišnoknjižnom postupku dostavlja se osobama iz stavka 1. istoga članka (predlagatelju ili njegovom punomoćniku, osobi na čijoj se nekretnini stječe knjižno pravo i čija se knjižna prava prenose, opterećuju, ograničavaju ili ukidaju, osobi protiv koje je provedena zabilježba) na adresu navedenu u prijedlogu za upis.

Takva odredba utječe na to što sve treba sadržavati prijedlog za upis. Za razliku od ranijeg rješenja, prema odredbi čl. 99. ZZK-a prijedlog za upis mora sadržavati, pored ostalog što slijedi iz stavka 1. tog članka, ime, prezime, adresu i osobni identifikacijski broj:

- 1) osobe u čiju korist treba provesti upis,
- 2) osobe protiv koje se provodi upis,
- 3) osobe koje treba obavijestiti o rješenju.

Time su, ako se gleda u ukupnosti odredba noveliranog čl. 120. st. 2. i čl. 99. st. 1. ZZK-a, zaštićena prava stranaka glede pitanja dostave jer je predlagatelj taj koji, da bi mu prijedlog bio procesno dopušten, mora u njemu navesti sve podatke koji su potrebni da bi se dostava uredno obavila. Ovo mora biti bitna obveza predlagatelja jer se na taj način jamče prava svih o čijim se pravima odlučuje u zemljišnoknjižnom postupku. S druge strane ako neki od podataka predlagatelj ne može saznati, tada to mora navesti na samom prijedlogu i time upozoriti sud da nema sva saznanja o podacima koji se od njega zahtijevaju.

Novom odredbom st. 4. čl. 120. ZZK-a predlaže se da kad se osoba iz st. 1. istog članka ne zatekne na adresi iz prijedloga, da će dostavljač tada ostaviti pismeno kod punoljetne osobe zatečene na adresi ili u poštanski sandučić ili pretinac, a u tom slučaju se mora naznačiti dan i način dostave. Time se odstupa od pravila parničnog postupka. U tom slučaju se smatra da je dostava obavljena protekom roka od 30 dana od dana dostave pismena iz st. 4. tog članka. To bi zapravo značilo da dostavljač može već pri prvoj dostavi pismeno ostaviti kod punoljetne osobe zatečene na adresi dostave koja ne mora biti u srodstvu s adresatom pismena, ili da se odmah dostava izvrši u poštanski sandučić ili pretinac.

Dalje je propisano u st. 6. istog članka, da ako dostavljač pri pokušaju dostave sazna da postoje razlozi zbog kojih pismeno uopće nije moguće uručiti naslovljenoj osobi, npr. nepoznat, odselio, umro i sl., on tada mora vratiti pismeno sudu uz naznaku razloga zbog kojih ga nije moguće dostaviti.

Prema st. 7. istoga članka ako je pismeno vraćeno s naznakom nepoznat ili odselio, sud će pribaviti podatak iz evidencije Ministarstva unutarnjih poslova (MUP) o adresi primatelja i pismeno dostaviti na tu adresu. Ako MUP obavijesti sud da ne

raspoláže adresom primatelja, tada će se pismeno dostaviti na oglasnu ploču suda (pismeno će se objaviti na oglasnoj ploči suda).

U st. 8. propisan je postupak ako se pismeno vrati s naznakom da je primatelj pismena umro. U tom slučaju zemljišnoknjižni sud će u roku od 60 dana od takvog saznanja, ako nije primio obavijest o nasljednicima, pismeno objaviti na oglasnoj ploči suda, jer će se smatrati da je dostava obavljena istekom 30 dana od dana stavljanja pismena na oglasnu ploču suda.

U st. 10. do 12. čl. 120. ZZK-a propisana je mogućnost elektroničke dostave, pri čemu je za takvu vrstu dostave potrebno uspostaviti elektroničku oglasnu ploču.¹⁰

Na dostavu se odnose još dva članka i to čl. 16. i 17. ZID ZZK-a iz 2013. godine. Tako se prema novom čl. 120. a ZZK-a uvodi mogućnost da predlagatelj naznači punomoćnika za dostavu pismena, pri čemu je to obvezatno ako je predlagatelj u inozemstvu, a nema punomoćnika u Republici Hrvatskoj. Zemljišnoknjižni sud je ovlašten odbaciti prijedlog za upis ako bi prijedlog bio podnesen, a predlagatelj nije naznačio punomoćnika za primanje pismena u Republici Hrvatskoj.¹¹

Novim čl. 120. b ZZK-a propisuje se da se dostava pismena sudu elektroničkim putem smatra izvršenom u trenutku kad je prijedlog evidentiran na poslužitelju primatelja i kada se na mjestu gdje bi se u zemljišnoknjižnom ulošku trebao provesti upis učini vidljivim vrijeme primitka podneska (plomba). Navedeni članak govori samo o tomu kada se smatra izvršena dostava sudu, a ne i kada je sud vršio dostavu pismena stranci elektroničkim putem.¹²

Došlo je i do izmjene čl. 121. ZZK-a. Promijenjen je st. 1. na način da je određeno da se rješenje kojim se dopušta potpuno ili djelomično brisanje upisa, dostavlja svim osobama koje imaju uknjižena ili predbilježena prava na onom pravu čije se potpuno ili djelomično brisanje dopušta. Brisani je dosadašnji st. 3. čl. 121. ZZK-a, a promijenjen je dosadašnji st. 6. koji je sada postao st. 5. na način da se o rješenju zemljišnoknjižnog suda nužnom na postupanje tijela nadležnog za katastar, to tijelo obavještava po službenoj dužnosti.

Bitno je naglasiti da uredna dostava pismena u zemljišnoknjižnom postupku je pretpostavka da bi stranka u tom postupku mogla izjaviti pravni lijek, redovni ili izvanredni.

10 Do trenutku pisanja ovoga rada u Republici Hrvatskoj još uvijek nije ustrojena oglasna ploča za elektroničku dostavu, niti za potrebe parničnog, niti za potrebe zemljišnoknjižnog postupka.

11 Upitna je ustavnost navedene odredbe s obzirom na odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-1/2009 od 3. studenog 2010. kojom je ocijenjeno da je povrijeđeno pravo na pristup sudu stranci u upravnom postupku ako je odbačen prijedlog za pokretanje upravnog postupka strancu koji nije imenovao punomoćnika za primanje pismena u Republici Hrvatskoj.

12 Glede pitanja elektroničke komunikacije stranaka i suda bit će potrebno donijeti podzakonske akte kojima će se detaljno regulirati elektronički pravni promet.

4. PRAVNI LIJEKOVI PREMA ZAKONU O ZEMLJIŠNIM KNJIGAMA¹³

4.1. Prigovor protiv rješenja o prijedlogu za upis i žalba protiv rješenja o prigovoru

Prema novom uređenju pravnih lijekova u zemljišnoknjižnom postupku¹⁴ se predviđa postojanja dva redovna pravna lijeka – prigovor i žalba. Prema odredbi čl. 19. i 20. ZID ZZK-a prigovor je dopušten protiv svake prvostupanjske odluke, neovisno o tomu je li odluku donio ovlašteni zemljišnoknjižni referent, odnosno sudski savjetnik ili zemljišnoknjižni sudac. Prigovor je ujedno remonstrativni pravni lijek, jer o njemu odlučuje isti sud koji je odluku donio. Žalba postaje isključivo devolutivni pravni lijek, budući da o žalbi uvijek odlučuje sud drugoga stupnja, odnosno kako to navodi žalbeni sud, s tim da su oba prava lijeka nesuspendivna.

Kako je rečeno prigovor je dopušten protiv svake prvostupanjske odluke, pa se postavlja pitanje tko ima pravo izjaviti prigovor, odnosno žalbu. Prema odredbi novog čl. 123. st. 1. ZZK-a protiv rješenja u zemljišnoknjižnom postupku strankama su dopušteni prigovor i žalba, što znači da bi stranke u postupku bile ovlaštene podnijeti pravne lijekove, s time da prema st. 2. osobe kojima se dostavlja rješenje samo radi obavijesti ne smatraju se strankama prema st. 1. To znači da kada sud dostavlja neko rješenje nadležnom katastarskom uredu, da tada katastarski ured nema svojstvo stranke u postupku.

Rok za izjavljivanje prigovora odnosno žalbe je 15 dana od dana dostave odluke. Prigovor i žalba dostavljaju se na odgovor protivnoj strani, što znači da su oba pravna lijeka dvostrana.

Vezano uz razloge zbog kojih se može izjaviti prigovor odnosno žalba, prema odredbi čl. 123. st. 3. ZZK-a u prigovoru i žalbi se ne mogu iznositi nove činjenice niti prilagati nove isprave, osim u slučajevima iz čl. 109. st. 1. ZZK-a, kada se dostavljaju nužni prilozi. Bitno je da sud, bilo prvostupanjski, bilo drugostupanjski, bilo revizijski, odlučuje uvijek na temelju činjeničnog i pravnog stanja, stanja zemljišne knjige kakvo je bilo u trenutku kada je zemljišnoknjižni prijedlog stigao zemljišnoknjižnom sudu.

Zbog različitih tumačenja u praksi u čl. 123. novom st. 6. ZZK-a određeno je da kada zemljišnoknjižni sud provodi upis naložen odlukom povodom prigovora ili žalbe, da tada zemljišnoknjižni sud ne donosi o tomu posebno provedbeno rješenje,

13 O pravnim lijekovima u zemljišnoknjižnom postupku prije Novele ZZK iz 2013. vidi opširnije:
- Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo*, 1. svezak, Narodne novine, Zagreb, 2007.;
- Mladen Žuvela, Bruno Ružička, *Zakon o zemljišnim knjigama i Zemljišnoknjižni poslovnik*, Zagreb, Organizator, 2007.;
- Tatjana Josipović, *Komentar Zakona o zemljišnim knjigama*, Informator, Zagreb, 1998.,
- Tatjana Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Informator, Zagreb, 2001.

14 Vidi opširnije, Damir Kontrec, *Novo uređenje pravnih lijekova (prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama iz 2013. godine)*, u: J. Jug, A. M. Končić, D. Kontrec, B. Mičević, N. Radišić, Đ. Sessa, *Novela Zakona o zemljišnim knjigama – novine u pravnom okviru zemljišnoknjižnog sustava*, Inženjerski biro, Zagreb, 2013.

već izravno provodi takve odluke. U praksi je dolazilo do apsurdnih situacija da nakon što je drugostupanjski sud preinačio odluku prvostupanjskog suda, da je tada zemljišnoknjižni sud donosio provedbeno rješenje na koje su se stranke ponovno mogle žaliti, iako je odluka već bila pravomoćna.

Propisano je isto tako da kad uspostavlja zemljišnoknjižno stanje povodom odluke o prigovoru ili žalbi, da će tada zemljišnoknjižni sud po službenoj dužnosti izbrisati upis i donijeti posebno zemljišnoknjižno rješenje o brisanju upisa koji su provedeni nakon zabilježbe prigovora odnosno žalbe, a koji su izvedeni iz pobijanog upisa. Protiv takvog rješenja dopuštena je žalba o kojoj odlučuje drugostupanjski (žalbeni) sud.

4.2. Postupak povodom prigovora

Ako je rješenje donio ovlaštenu zemljišnoknjižni referent ili sudski savjetnik, tada o prigovoru odlučuje zemljišnoknjižni sudac.

Ako zemljišnoknjižni sudac ocijeni da je prigovor utemeljen, tada može svojim rješenjem:

- preinačiti rješenje o odbijanju prijedloga za upis, dopustiti predloženi upis, naložiti njegovu provedbu i brisanje zabilježbe odbijenog prijedloga,
- preinačiti rješenje o odbacivanju prijedloga za upis, dopustiti predloženi upis, naložiti njegovu provedbu i brisanje zabilježbe odbačenog prijedloga,
- preinačiti rješenje kojim je dopušten upis, odbaciti prijedlog za upis, naložiti uspostavu zemljišnoknjižnog stanja kakvo je bilo prije dopuštenog upisa i naložiti upis zabilježbe odbačenog prijedloga,
- ukinuti rješenje o upisu kojim je dopušten upis, vratiti na ponovni postupak, narediti uspostavu ranijeg zemljišnoknjižnog stanja i ponovni upis svih plombi, ako se utvrdi da je u prvom stupnju povrijeđeno pravilo o prvenstvenom redu,
- ukinuti rješenje kojim je odbijen ili odbačen prijedlog za upis, vratiti ga na ponovni postupak, narediti brisanje zabilježbe odbijenog odnosno odbačenog prijedloga, i ponovni upis svih plombi, ako se utvrdi da je u prvom stupnju povrijeđeno pravilo o prvenstvenom redu.

Ako je ovlaštenu zemljišnoknjižni referent odbacio ili odbio prijedlog, a zemljišnoknjižni sudac ocijeni da je prigovor osnovan jer je bilo mjesta primjeni odredbe čl. 109. st. 7. ZZK-a, pozvat će stranku da dostavi ispravu i dopuni prijedlog. Ako stranka to učini, tada će odlučiti o prijedlogu, a ako se u roku ne dostavi ono što je traženo, tada će odbiti prigovor i potvrditi prvostupanjsku odluku.

Ako zemljišnoknjižni sudac ocijeni da prigovor nije utemeljen, odbit će ga rješenjem i potvrditi rješenje ovlaštenoga zemljišnoknjižnog referenta ili sudskog savjetnika, te će se zabilježba odbijenog ili odbačenog prijedloga izbrisati po službenoj dužnosti kad se okonča postupak povodom žalbe.

Protiv rješenja zemljišnoknjižnog suca, osim u slučajevima iz čl. 123. a st. 3. toč. f) i g) ZZK-a dopuštena je žalba drugostupanjskom sudu.

Prigovor protiv prvostupanjskog rješenja dopušten je i ako je rješenje o upisu

donio zemljišnoknjižni sudac. U tom slučaju o prigovoru odlučuje isti sudac koji je donio prvostupanjsko rješenje ili drugi sudac istog prvostupanjskog suda, te isti može svoje rješenje povodom prigovora preinačiti, ukinuti i ponovno odlučiti o predmetu. Protiv takve odluke povodom prigovora uvijek je dopuštena žalba drugostupanjskom sudu.

4.3. Postupak povodom žalbe

Novelom ZZK-a iz 2013. godine detaljno je propisano koje odluke povodom žalbe može donijeti sud drugoga stupnja. Tako je u čl. 23. ZID ZZK-a promijenjen čl. 128. ZZK-a, pa sada sud drugoga stupnja može, ako ocijeni da je žalba osnovana, svojim rješenjem:

- preinačiti rješenje zemljišnoknjižnog suca o prigovoru, dopustiti zahtijevani upis, te odrediti brisanje zabilježbe odbijenog ili odbačenog prijedloga,
- preinačiti rješenje zemljišnoknjižnog suca o prigovoru, odbiti ili odbaciti prijedlog, naložiti brisanje provedenog upisa i uspostavu ranijeg zemljišnoknjižnog stanja te brisanje zabilježbe žalbe,
- ukinuti rješenje zemljišnoknjižnog suca o prigovoru i odbaciti prigovor te naložiti uspostavu ranijeg zemljišnoknjižnog stanja i brisanje zabilježbe žalbe odnosno odbijenog prijedloga,
- ukinuti oba nižestupanjska rješenja i odbaciti prijedlog, te naložiti uspostavu ranijeg zemljišnoknjižnog stanja i brisanje zabilježbe žalbe,
- ukinuti rješenje o odbacivanju prijedloga za upis i predmet vratiti na ponovni postupak, naložiti uspostavu ranijeg zemljišnoknjižnog stanja, ponovni upis svih plombi, te brisanje zabilježbe odbačenog prijedloga,
- ukinuti oba nižestupanjska rješenja i predmet vratiti na ponovni postupak ako utvrdi da je povrijeđeno pravilo o prvenstvenom redu odlučivanja, te istodobno odrediti uspostavu ranijeg zemljišnoknjižnog stanja i brisanje zabilježbe žalbe, odnosno odbijenog prijedloga te ponovni upis plombi.

Ako ocijeni da žalba nije osnovana, tada će sud drugoga stupnja odbiti žalbu, potvrditi rješenje zemljišnoknjižnog suca, naložiti brisanje zabilježbe žalbe ili zabilježbe odbijenog ili odbačenoga prijedloga.

Na povredu prvenstvenog reda upisa žalbeni sud pazi po službenoj dužnosti. Bitno je isto tako naglasiti da u zemljišnoknjižnim predmetima, budući da se odlučuje rješenjem, uvijek odlučuje sudac pojedinac drugostupanjskog suda, a što nije uvijek dobro sa stajališta ujednačene sudske prakse.

4.4. Zabilježba prigovora i žalbe i zabilježba rješenja o odbacivanju prigovora ili žalbe

Noveliran je i čl. 126. ZZK-a. Ponajprije valja naglasiti da odredba st. 1. nije izmijenjena pa je i dalje ostala neizmijenjena odredba da će se rješenje o odbacivanju žalbe zabilježiti po službenoj dužnosti. No, izmijenjen je st. 2. pa tako više nije potrebno odrediti brisanje zabilježbe rješenja suda prvog stupnja o odbacivanju

žalbe, jer će se sada zabilježba o odbacivanju žalbe ili prigovora brisati po službenoj dužnosti i to kada to rješenje o odbačaju postane pravomoćno. Određene probleme u praksi mogla bi izazvati činjenica da st. 2. govori o brisanju zabilježbe rješenja o odbacivanju prigovora ili žalbe, a st. 1. (koji nije mijenjan) govori samo o zabilježbi rješenja o odbacivanju žalbe, ali ne i prigovora. No čini nam se da odredbu treba tumačiti da se st. 1. odnosi na oba redovna pravna lijeka.

Ujedno je dodan novi st. 3. u istom članku kojim je određeno da rješenje o brisanju zabilježbe žalbe ili prigovora nije rješenje protiv kojeg je žalba dopuštena. I navedena je odredba posljedica problema u praksi, jer kako nije bilo određeno da protiv rješenja o brisanju zabilježbe žalbe nije dopuštena posebna žalba, neki su sudovi dopuštali takvu žalbu.

Dosadašnjom odredbom čl. 127. ZZK-a bilo je određeno da će se žalba, kao jedini pravni lijek, zabilježiti po službenoj dužnosti, ali će se *ex officio* brisati po službenoj dužnosti ako će žalba biti odbijena. Stavkom 2. dosadašnje odredbe bilo je određeno da kada sud drugog stupnja usvoji žalbu protiv rješenja o upisu (tj. kada je upis određen) naložit će da se upis briše, da se uspostavi ranije zemljišnoknjižno stanje i da se briše zabilježba žalbe.

Noveliranim člankom 127. ZZK-a prigovor ili žalba protiv rješenja o upisu zabilježiti će se po službenoj dužnosti. Te će se te zabilježbe izbrisati po službenoj dužnosti ako prigovor ili žalba budu odbijeni, pa je razvidno da se u biti radi o istom rješenju koje je sada nešto jasnije postavljeno i prilagođeno uvođenju novoga pravnog lijeka. Protiv rješenja o zabilježbi prigovora ili žalbe posebna žalba nije dopuštena.

4.5. Prigovor protiv rješenja o besteretnom otpisu

Posebna vrsta pravnoga lijeka u zemljišnoknjižnom postupku je prigovor protiv rješenja o besteretnom otpisu. Besteretni otpis dijela zemljišnoknjižnog tijela male vrijednosti otpis je kojim se bez prijenosa tereta otpisuje dio zemljišnoknjižnog tijela koji ne prelazi stoti dio površine neprekinutoga dijela zemljišnoknjižnog tijela, a njegovim otpisivanjem ne umanjuje se znatno vrijednost zemljišta koja ostaje u zemljišnoknjižnom tijelu iz kojeg se provodi otpis (čl. 155. st. 1. ZZK). U slučaju besteretnog otpisa dosadašnji tereti prestaju teretiti dio koji je otpis.

Pretpostavke za postupak besteretnog otpisa male vrijednosti su da dio koji se otpisuje ne prelazi stoti dio površine neprekinutog dijela zemljišnoknjižnog tijela, te da se otpisom ne smanjuje vrijednost, kao i da u zadnjih pet godina nije bio proveden upis po pravilima o besteretnom otpisu dijelova male vrijednosti (čl. 155. st. 1. i 2. ZZK).

Rješenje o besteretnom otpisu dostavlja se svim nositeljima knjižnih prava na zemljišnoknjižnom tijelu iz kojega je besteretno otpisan dio s uputom da u roku od trideset dana mogu prigovoriti da je besteretnim otpisom smanjena vrijednost zemljišta preko mjere koja se može smatrati neznatno. Dakle, u ovakvim situacijama nije predviđena žalba kao pravni lijek, već prigovor, i to samo da je besteretnim otpisom smanjena vrijednost zemljišta preko mjere koja se može smatrati neznatnom.

Prigovor se zabilježuje u zemljišnoknjižnom ulošku kojem je pripisan dio male

vrijednosti odnosno u zemljišnoknjižnom ulošku koji je za njega otvoren, zbog toga da upisi provedeni nakon prigovora ne bi spriječili uspostavu ranijega zemljišnoknjižnog stanja, ako bi se udovoljilo prigovoru (čl. 157. st. 2. ZZK). Prije svega valja naglasiti da o prigovoru mora odlučiti zemljišnoknjižni sudac, no prije toga sudac će nastojati postići sporazum između podnositelja prigovora i ostalih sudionika u postupku. Tek ako ne bi došlo do sporazuma, o prigovoru će zemljišnoknjižni sudac odlučiti rješenjem. Ako bi sudac prihvatio prigovor, tada će se nakon pravomoćnosti takvog rješenja, što znači da je protiv takvog rješenja dopuštena posebna žalba, u zemljišnoj knjizi će se nakon pravomoćnosti rješenja po službenoj dužnosti uspostaviti prijašnje stanje.

5. REVIZIJA U ZEMLJIŠNOKNJIŽNOM POSTUPKU

Ranije je u zemljišnoknjižnom postupku bilo moguće izjaviti zahtjev za zaštitu zakonitosti, no nakon ukidanja toga pravnog lijeka u Zakonu o parničnom postupku¹⁵, došlo je do izmjene čl. 123. ZZK-a.¹⁶

Prema odredbi čl. 285. st. 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2003.¹⁷ u sudskim postupcima u kojima se odgovarajuće primjenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku zahtjev za zaštitu zakonitosti ne može se izjaviti ako je postupak pred prvostupanjskim sudom okončan nakon stupanja na snagu tog Zakona. Prema st. 2. istoga članka u postupcima iz st. 1. može se podnijeti revizija iz čl. 382. st. 2. ZPP-a. Kako se u zemljišnoknjižnom postupku na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZPP-a, pristalice toga shvaćanja smatrali su da je u zemljišnoknjižnom postupku moguće uvijek podnijeti reviziju iz čl. 382. st. 2. ZPP-a, dakle izvanrednu reviziju.

Drukčija shvaćanja polaze od odredbe čl. 399. st. 2. sada važećeg ZPP-a prema kojima revizija mora biti propisana posebnim zakonom, a ako je propisana posebnim zakonom, da se tada radi o reviziji iz čl. 382. st. 2. ZPP-a. Kako revizija kao izvanredni pravni lijek nije propisana odredbama ZZK-a, prema takvom shvaćanju ne bi trebala biti dopuštena.

Navedene dvojbe riješene su pravnim shvaćanjem Vrhovnog suda Republike Hrvatske zauzetog na sjednici Građanskog odjela 5. prosinca 2013. godine prema kojem je u zemljišnoknjižnom postupku dopuštena revizija iz čl. 382. st. 2. ZPP-a, dakle izvanredna revizija.

U praksi se još uvijek nailazi na veliki broj izvanrednih revizija koje nisu sastavljene na zakonom propisani način. Prije svega, da bi se izvanredna revizija mogla meritorno razmatrati, tada je potrebno da revident postavi određeno materijalnopravno ili postupovnopravno pitanje o kojem ovisi odluka u konkretnom slučaju, a koje je bitno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni. U samoj reviziji mora se određeno postaviti pitanje, moraju

15 Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 57/11, 148/11, 25/13, 28/13, dalje: ZPP.

16 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Narodne novine, br. 104/04.

17 Narodne novine, br. 117/03.

se navesti propisi ili drugi važeći izvori prava koji se odnose na njega, te moraju biti navedeni razlozi zbog kojih podnositelj smatra da je ono važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni (primjerice navesti različitu praksu drugostupanjskih sudova, ukazati da je drugostupanjskom odlukom odstupljeno od shvaćanja revizijskog suda ili shvaćanja Ustavnog suda itd.). Vrlo su česti propusti da revidenti ukazuju na pogrešnu primjenu materijalnog prava ili na počinjene bitne povrede odredaba parničnog postupka, a da ne postavljaju određeno materijalnopravno ili postupovnopravno pitanje, pa im je zbog toga revizija odbačena.

6. POSTOJI LI POTREBA ZA OSNIVANJE VISOKOGA ZEMLJIŠNOKNJIŽNOG SUDA

ZID ZZK iz 2013. godine donosi određene promjene u ustrojstvu rada u zemljišnoknjižnim odjelima sudova, a koje su vezane uz proces racionalizacije, odnosno smanjivanja broja općinskih sudova i njihova spajanja. U čl. 1. ZID ZZK-a se tako mijenja dosadašnji čl. 5. ZZK-a. Prema novom uređenju zemljišne knjige vodi općinski sud kao zemljišnoknjižni sud prvoga stupnja, s time da se u zemljišnoknjižnom sudu može osnovati jedan ili više odjela koji obavljaju poslove vođenja zemljišnih knjiga. Također je propisano da zemljišnoknjižnim odjelom rukovodi predsjednik odjela i voditelj odjela (dakle više ne voditelj zemljišne knjige), koji je određen godišnjim rasporedom poslova. U svakom se odjelu vodi poseban elektronički upisnik, a zakonom se može propisati da poslove zemljišnoknjižnog suda obavlja jedan ili više općinskih sudova.

Možda najznačajniju promjenu predstavlja uvođenje Visokog zemljišnoknjižnog suda, koji bi trebao odlučivati o žalbama protiv odluka o kojima odlučuje sud prvoga stupnja, u postupcima brisovne tužbe, tužbe za ispravak, tužbe za ispravak pogriješnog upisa i tužbe za opravdanje predbilježbe. Iz čl. 83. ZID ZZK-a vidljivo je da će se predmeti županijskih sudova ustupiti Visokom zemljišnoknjižnom sudu danom početka njegova rada.

Ne sporimo da je ideja o Visokom zemljišnoknjižnom sudu zanimljiva, ali nam se čini da se uvođenjem ovoga suda krenulo brzopleto, ne razmotrivši sve pokazatelje i argumente za i protiv. Prema podacima predlagatelja u zemljišnim knjigama godišnje imamo oko 7 000 žalbi, od čega bi na sud drugoga stupnja trebalo doći otprilike polovica od tog broja ili manje, pogotovo nakon što je promijenjen sustav redovnih pravnih lijekova i nakon što je uveden prigovor kao pravni lijek protiv prvostupanjske odluke. Možda se ovo pitanje moglo riješiti da se na jednom županijskom sudu osnuje poseban odjel koji će se baviti ovom granom ili da se odrede dva županijska suda koji će odlučivati u ovim predmetima, posebice s obzirom na specifičnosti u zemljišnim knjigama koje postoje, primjerice, na području Dalmacije, te razlike koje postoje u središnjoj i sjevernoj Hrvatskoj. S druge strane opravdano se može postaviti pitanje zbog čega ne postoji Visoki radni sud, Visoki ovršni sud, Visoki odštetni sud, koji imaju više predmeta u praksi nego li zemljišnoknjižni.

S druge strane postavlja se pitanje što ako stranka u istoj tužbi podnese,

primjerice brisovnu tužbu, ali i zahtjev za naknadu štete protiv istog tuženika ili neki drugi obveznopravni zahtjev. Znači li to da će se u tom slučaju predmeti po pojedinim osnovama razdvajati ili ne. Ostavljanjem nadležnosti na drugostupanjskim sudovima, neovisno o tomu kako će se ti sudovi zvati, daje se mogućnost Vrhovnom sudu da ispunjava svoju zakonom predviđenu ulogu, a to je da ujednačava sudsku praksu i na ovom području.

No, Ministarstvo pravosuđa ponovno kreće u „reformu“ odnosno racionalizaciju mreže prvostupanjskih sudova kako bi smanjio broj općinskih sudova, a time i zemljišnoknjižnih sudova, s time da sudovi koji bi se morali spojiti u veće sudove u sjedištu drugostupanjskog suda bi postali stalne službe tih sudova. No, u materijalu koji je trenutno u javnoj raspravi nigdje se ne govori o Visokom zemljišnoknjižnom sudu, pa je potpuno nejasan pravac kojim će zakonodavac krenuti u budućnost.¹⁸

7. USTAVNO PRAVO NA ŽALBU U ZEMLJIŠNOKNJIŽNOM POSTUPKU I PRAKSA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Ustav Republike Hrvatske¹⁹ u čl. 18. pravo na žalbu određuje kao ustavno pravo. Naime, jamči se pravo na žalbu protiv pojedinačnih pravnih akata donesenih u prvostupanjskom postupku pred sudom ili drugim ovlaštenim tijekom. Pravo na žalbu pri tomu može biti iznimno isključeno u slučajevima određenim zakonom, ako je osigurana druga pravna zaštita.

Iz ovakve odredbe Ustava jasno proizlazi da je pravo na žalbu ustavno pravo i da to vrijedi i za zemljišnoknjižni postupak.

Ustavni sud Republike Hrvatske u više je svojih odluka odlučivao o tomu je li došlo do povrede ustavnog prava na žalbu u zemljišnoknjižnom postupku, ali i o ocjeni ustavnosti odredbi ZZK-a koje se neposredno ili posredno odnose na pravo na izjavljivanje žalbe u zemljišnoknjižnom postupku.

Tako Ustavni sud Republike Hrvatske nije prihvatio prijedloge podnositelja za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom čl. 120. i čl. 122. ZZK-a. U svojim odlukama U-I-1572/2006, U-I-3796/2007 od 19. svibnja 2010., te odluci U-I-1413/2011 od 19. veljače 2013. godine.²⁰

Naime, odredba čl. 120. određuje kome se rješenje u zemljišnoknjižnom postupku dostavlja, odnosno da se rješenje o upisu dostavlja tek nakon provedbe, a odredba čl. 122. ZZK-a određuje da činjenica da dostava nije uredno ili nije uopće izvršena ne daje pravo osporavati valjanost knjižnog upisa. Onaj koji iz knjižnog upisa za sebe izvodi prava ili oslobođenje od obveze nije dužan dokazivati da je dostava izvršena. Podnositelji prijedloga za ocjenu ustavnosti su smatrali da je tim odredbama povrijeđeno pravo stranaka na izjavljivanje žalbe, koja se ne otklanja niti mogućnošću podnošenja brisovne tužbe u smislu odredbe čl. 129. ZZK-a.

Ustavni sud je ocijenio da navedene odredbe nisu protuustavne, te je pri tom

18 Prezentacija reorganizacije pravosudnog sustava, www.mprh.hr.

19 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.

20 Sudska praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske, www.usud.hr.

izrazio sljedeće shvaćanje:

„7. Zemljišnoknjižni postupak je strogo formalan postupak u kojem je nastupanje pravnih učinaka zemljišnoknjižnog upisa uvjetovano ispunjenjem određenih pretpostavki. Za dozvolu i provedbu zemljišnoknjižnog upisa, te za nastupanje pravnih učinaka tog upisa moraju se ispuniti određene opće i posebne pretpostavke upisa. U opće pretpostavke upisa spadaju one koje moraju biti ispunjene za provedbu svakog zemljišnoknjižnog upisa, neovisno o tome što je predmet upisa i koja se vrsta upisa provodi (uknjižba, predbilježba ili zabilježba). Opće pretpostavke upisa dijele se na materijalne (utvrđenje postojanja knjižnog prednika i tabularne isprave) i postupovne pretpostavke upisa.

Stoga je za provedbu zemljišnoknjižnog upisa potrebno zemljišnoknjižnom sudu, uz prijedlog za upis, priložiti ili predočiti tabularnu ispravu – ispravu odgovarajućeg oblika i sadržaja koja je prikladna za provedbu određenog zemljišnoknjižnog upisa. Prilaganje isprave na temelju koje se zahtijeva upis nužna je pretpostavka za odlučivanje o dopuštenosti i provedivosti zemljišnoknjižnog upisa.

Zemljišnoknjižni sud o osnovanosti prijedloga za upis odlučuje isključivo na temelju uvida u zemljišne knjige, prijedloga za upis te njegove priloge tj. isprave na temelju kojih se upis zahtijeva.

Zemljišnoknjižni sud o prijedlogu za upis odlučuje po pravilima izvanparničnog postupka bez rasprave, saslušanja stranaka i bez izvođenja nekih drugih dokaza. Za sve što je zemljišnoknjižni sud dužan ispitati pri odlučivanju o upisu mjerodavno je ono što je sadržano u zemljišnoj knjizi, prijedlogu i njegovim priložima. Za utvrđenje nekih od podataka mjerodavnih za donošenje odluke o upisu jedini je izvor upravo tabularna isprava. Bez tabularne isprave zemljišnoknjižni sud ne bi ni mogao odlučivati o prijedlogu za upis, jer ne bi mogao utvrditi sve okolnosti odlučne za donošenje odluke o osnovanosti prijedloga za upis.

7.1. Osporenim člancima 120. i 122. ZZK-a uređen je način dostave rješenja donesenih u zemljišnoknjižnom postupku. Međutim, polazeći od navoda predlagatelja u kojima, između ostalog, ističe da je člankom 120. stavkom 2. ZZK-a povrijeđeno pravo stranaka da pravodobno izjave žalbu, i tako zaštite svoja knjižna prava, Ustavni sud utvrđuje da je ocjenu osnovanosti navoda predlagatelja potrebno sagledati i u kontekstu odredbi ZZK-a kojima su propisani pravni lijekovi.

Pravni lijekovi uređeni su člancima 123. do 128. ZZK-a. Tako je člankom 123. stavkom 1. ZZK-a propisano da je protiv rješenja donesenih u zemljišnoknjižnom postupku dopuštena žalba kao redovni pravni lijek. Žalba je dopuštena protiv svakog rješenja donesenog u zemljišnoknjižnom postupku, osim kad je izričito određeno da žalba nije dopuštena.

Žalbom se pobijaju netočna, nezakonita, nedopuštena rješenja donesena u zemljišnoknjižnom postupku. Navodi se da je pobijano rješenje nepravilno, jer je s obzirom na zemljišnoknjižno stanje, prijedlog, njegove priloge i ostale spise dopušten upis za koji nisu bile ispunjene sve materijalne i postupovne pretpostavke određene odredbama zemljišnoknjižnog prava.

Stoga će žalba biti osnovana kad se, s obzirom na zemljišnoknjižno stanje, prijedlog za upis te priložene isprave, dopustio i proveo upis za koji nisu bile ispunjene

sve materijalne i postupovne pretpostavke određene zemljišnoknjižnim pravom odnosno kad je odbijen prijedlog za upis, iako su za njegovu provedbu bile ispunjene sve pretpostavke određene pravilima zemljišnoknjižnog prava.

Člankom 124. stavkom 1. ZZK-a propisano je da žalba protiv rješenja o upisu ne odgađa provedbu upisa, dok je člankom 120. stavkom 2. ZZK-a propisano da se rješenje o upisu dostavlja tek nakon njegove provedbe.

Međutim, u odnosu na navode predlagatelja, to ne znači da je time zainteresiranim osobama onemogućeno da pravodobno podnesu žalbu. Žalba je, kao što je već rečeno, redovni pravni lijek i u pravilu je dopuštena. Prema tome, sama činjenica da se žalba dostavlja strankama nakon provedbe upisa odnosno da žalba ne odgađa provedbu upisa ne znači da su zainteresirane osobe uskraćene u pravu na njezino podnošenje. Pravna osnova stjecanja zemljišnoknjižnog prava nije (pravomoćno) rješenje o upisu. Ono ima karakter provedbenog rješenja kojim se dopušta upis zbog toga što je drugom ispravom, kao tabularnom ispravom, stjecatelj stekao valjani naslov za upis prava vlasništva ili nekog drugog stvarnog prava. Prema tome, pravomoćnost rješenja o upisu nije od utjecaja na valjanost isprave (privatne ili javne) na temelju koje je upis dopušten.

Svrha žalbe u zemljišnoknjižnom postupku jest otkloniti posljedice pogrešno provedenog upisa (u žalbi se, između ostaloga, može tvrditi da su pri upisu povrijeđena pravila o ispravama na osnovi kojih je proveden upis).

Upravo stoga, ukoliko drugostupanjski sud utvrdi da je žalba protiv rješenja o upisu osnovana, jer je prvostupanjski sud dopustio upis za čiju provedbu nisu bile ispunjene sve pretpostavke, taj sud će donijeti rješenje kojim usvaja žalbu i preinačuje prvostupanjsko rješenje na način da se odbija prijedlog za upis i nalaže uspostava zemljišnoknjižnog stanja kakvo je bilo prije provedbe upisa. Proizlazi, dakle, da se postupak vraća u stanje kakvo je bilo prije provedbe tog upisa. Stoga samom činjenicom da žalba ne odgađa provedbu upisa, za predlagatelja i druge zainteresirane osobe ne mogu nastati (neotklonjive) štetne posljedice.

U pogledu navoda predlagatelja, o mogućnosti izjavljivanja žalbe neovisno o tome je li dostava rješenja o upisu izvršena, Ustavni sud ističe da je člankom 120. stavkom 1. ZZK-a propisano da se rješenje u zemljišnoknjižnom postupku dostavlja predlagatelju, odnosno njegovom punomoćniku i osobama na čijoj se nekretnini stječe knjižno pravo i čija se knjižna prava prenose, opterećuju, ograničavaju ili ukidaju kao i osobi protiv koje je provedena zabilježba. Dakle, dostavlja se svim osobama čija bi prava upisom mogla biti povrijeđena.

Međutim, polazeći od značaja zemljišnih knjiga kao javnih isprava te činjenicu da se upis provodi prije dostave, i neovisno o dostavi rješenja o upisu predlagatelju upisa i drugim osobama iz članka 120. stavka 1. ZZK-a, osporenim člankom ZZK-a propisano je da sama činjenica što dostava nekoj od navedenih osoba nije obavljena ili je neuredno obavljena ne utječe na valjanost upisa. Slijedom navedenog, osoba koja iz provedenog upisa izvodi neko pravo ili oslobođenje od obveze nije dužna dokazivati da je dostava uredno obavljena.

Prema tome, ta osoba ima pravo na podnošenje žalbe, neovisno o tome je li joj uopće odnosno je li joj dostava uredno izvršena. Stoga se, suprotno navodima

predlagatelja, tim osobama kao zainteresiranim osobama, omogućuje, a ne uskraćuje pravo na žalbu, ne čineći je pri tome ovisnom o prethodnoj dostavi rješenja o upisu.

*Slijedom navedenog, Ustavni sud utvrđuje neosnovanim navode predlagatelja o nesuglasnosti članaka 120. i 122. ZZK-a s člankom 18. stavkom 1. Ustava.*²¹

Zbog niza pojedinačnih ustavnih tužbi Ustavni sud je zauzeo stajalište o tomu je li u pojedinačnom slučaju došlo do povrede ustavnog prava na žalbu u zemljišnoknjižnom postupku.

Tako je zaključio da su u zemljišnoknjižnom postupku žalbu ovlaštene izjaviti (pored stanaka u tom postupku) i osobe na čija se knjižna prava odnosi upis, kao i osobe čija su prava povrijeđena upisom. Kako je u tom predmetu Republika Hrvatska smatrala da su joj prvostupanjskim rješenjem povrijeđena njezina knjižna prava, imala je pravo izjaviti žalbu protiv prvostupanjskog rješenja.²²

Ako je drugostupanjski sud odgovorio na sve žalbene navode, te dao jasne razloge zbog kojih je odbijena žalba podnositelja, nije povrijeđeno ustavno pravo na žalbu.²³

S druge pak strane Ustavni sud je ocijenio da je došlo do povrede ustavnog prava na žalbu kada drugostupanjski sud o žalbi podnositeljice nakon ponovljene dostave rješenja u zemljišnoknjižnom postupku nije uopće odlučio, bilo postupovno, bilo meritorno.²⁴

Ustavno pravo na žalbu u zemljišnoknjižnom postupku nije povrijeđeno ako je drugostupanjski sud odbacio žalbu podnositeljice kao nepravovremenu.²⁵ No, ocijenjeno je da je povrijeđeno ustavno pravo na žalbu ako je podnositeljica žalbu u zemljišnoknjižnom postupku izjavila u roku koji joj je sud dao u pouci o pravnom lijeku, neovisno o tomu što je ta pouka bila pogriješna. Ocijenjeno je da pogriješna pouka o pravu na žalbu, navedena u rješenju suda prvog stupnja, ide na štetu zajamčenih ustavnih prava podnositeljice, jer je postupanjem po toj uputi podnositeljici zapriječen pristup sudu, a time i njezino ustavno pravo da se nadležni sud očituje o njezinim žalbenim navodima.²⁶

21 Rješenje Ustavnog suda u predmetu U-I-1572/2006, U-I-3796/2007 od 19. svibnja 2010., www.usud.hr.

22 Odluka Ustavnog suda U-III-1190/2004 od 16. svibnja 2007., www.usud.hr.

23 Odluka Ustavnog suda br. U-III-1042/2006 od 28. siječnja 2009., www.usud.hr.

24 Odluka Ustavnog suda br. U-III-1629/2013 od 30. listopada 2013., www.usud.hr.

25 Odluka Ustavnog suda br. U-III-1969/2006 od 2. travnja 2008., www.usud.hr.

26 Odluka Ustavnog suda br. U-III-2808/2007. od 13. veljače 2008., www.usud.hr.

8. PRAVNI LIJEKOVI U ZEMLJIŠNOKNJIŽNOM POSTUPKU U REPUBLICI SLOVENIJI, FEDERACIJI BOSNI I HERCEGOVINI I REPUBLICI MAKEDONIJI

8.1. Republika Slovenija

S obzirom na ZID ZZK-a koji je donio značajne novine glede pravnih lijekova u zemljišnoknjižnom postupku u Republici Hrvatskoj, čini nam se zanimljivim vidjeti kakva je situacija u nekim drugim zemljama.

Zakon o zemljiški knjizi Republike Slovenije²⁷ regulira materiju pravnih lijekova u zemljišnoknjižnom postupku. I u Sloveniji je zemljišnoknjižni postupak sudski postupak, pri čemu posebno valja naglasiti da je za vođenje zemljišnih knjiga u elektroničkom obliku nadležan Vrhovni sud Republike Slovenije.

Prema odredbi čl. 157. ZZK-a Republike Slovenija protiv rješenja o upisu koje je donio zemljišnoknjižni sudski pomoćnik, stranke imaju pravo uložiti prigovor u roku od osam dana od dostave rješenja o upisu. O tomu prigovoru uvijek odlučuje prema odredbi čl. 158. istog zakona zemljišnoknjižni sudac, koji može:

1. odbaciti prigovor kao nedopušten odnosno nepravovremen,
2. odbiti prigovor kao neosnovan i potvrditi pobijano rješenje o upisu,
3. ako je prigovor uložen protiv rješenja kojim je dopušten upis, prihvatiti prigovor i preinačiti rješenje o upisu tako da se odbije prijedlog za upis, odnosno da se odluči da upis nije dopušten,
4. ako je prigovor uložen protiv rješenja kojim je odbijen prijedlog za upis, ili je odlučeno da upis nije dopušten, preinačiti pobijano rješenje tako da se dopusti traženi upis.

Kao redovni pravni lijek određena je žalba protiv rješenja zemljišnoknjižnog suca. Ako je rješenje o upisu donio zemljišnoknjižni sudac, odnosno ako se radi o rješenju donesenom povodom prigovora, stranke imaju pravo uložiti žalbu u roku od 15 dana od dana primitka prijepisa rješenja prvostupanjskog suda (čl. 159.).

Stranke odnosno tijela na čiji je prijedlog odlučivao zemljišnoknjižni sud ne mogu u žalbi iznositi nove činjenice i nove dokaze. To se odnosi i na druge sudionike postupka, ako im je bio uručen zemljišnoknjižni prijedlog ili im je drukčije bilo omogućeno da se izjasne o prijedlogu za upis, odnosno o upisu koji zemljišnoknjižni sud provodi po službenoj dužnosti (čl. 160.).

O žalbi odlučuje sud drugoga stupnja (čl. 161.), pri čemu drugostupanjski sud odlučuje samo o pravovremeno podnesenim žalbama. Izrijeком je propisano koje odluke sud drugoga stupnja može donijeti povodom žalbe. Tako drugostupanjski sud može:

1. odbaciti žalbu kao nepravovremenu ili nedopuštenu, ako to nije učinio sud prvoga stupnja,
2. odbiti žalbu kao neosnovanu i potvrditi prvostupanjsko rješenje,
3. ako je žalba uložena protiv rješenja kojim je dopušten upis ili protiv rješenja povodom prigovora, prihvatiti žalbu i preinačiti pobijano rješenje tako da se

²⁷ Uradni list Republike Slovenije, br. 58/03, 37/08, 45/08, 28/09, 25/11.

- odbije prijedlog za upis ili odluči da upis nije dopušten,
4. ako je žalba uložena protiv rješenja kojim je odbijen prijedlog za upis ili je bilo odlučeno da upis nije dopušten, prihvatiti žalbu i preinačiti pobijano rješenje na način da dopusti upis,
 5. prihvatiti žalbu i ukinuti pobijano rješenje zemljišnoknjižnog suca ili rješenje zemljišnoknjižnog sudskog pomoćnika, te predmet vratiti zemljišnoknjižnom sucu na ponovno odlučivanje.
- Slovenski ZZK nema odredbi o izvanrednim pravnim lijekovima, iz čega se može zaključiti da izvanredni pravni lijek u zemljišnoknjižnom postupku nije dopušten. Osim toga i prema odredbi čl. 34. Zakona o nepravdnem postupku Republike Slovenije²⁸ u izvanparničnim postupcima revizija nije dopuštena, osim ako zakon što drugo ne određuje.

8.2. Federacija Bosna i Hercegovina

Zakon o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine²⁹ također uređuje da je zemljišnoknjižni postupak sudski postupak. Za donošenje rješenja povodom prijedloga za upis u zemljišnoknjižnom postupku nadležan je zemljišnoknjižni referent. U čl. 14. st. 4. Zakona propisano je da su zemljišnoknjižni referenti i zemljišnoknjižni suci nadležni za vršenje upisa u zemljišnu knjigu, te da oni odluke u vezi s upisom u zemljišnu knjigu donose samostalno u skladu s ovim zakonom i drugim propisima.

Pri odlučivanju zemljišnoknjižni referent može udovoljiti prijedlogu za upis, odnosno odbiti ga u cijelosti ili djelomično. Rješenje o odbijanju prijedloga za upis zemljišnoknjižni referent donosi:

- 1) ako se zemljišnoknjižno tijelo ne nalazi u zemljišnoknjižnom području zemljišnoknjižnog ureda u kojem referent radi,
- 2) ako osoba koja traži upis nije ovlaštena isti zahtijevati,
- 3) ako pravna osnova nije vidljiva iz predloženih dokumenata,
- 4) ako postoji neka druga smetnja koja sprječava traženi upis.

U čl. 76. Zakona izričito je propisano da se protiv odluke ili radnje zemljišnoknjižnoga referenta, pod čime se misli na radnje vezane uz uspostavu zemljišne knjige, može podnijeti žalba u roku od 15 dana od dana primitka prijepisa odluke, odnosno saznanja za radnju koja je predmet žalbe. Kod toga se žalba može podnijeti pisanim putem ili kod zemljišnoknjižnog ureda, a o žalbi odlučuje nadležni sud u skladu s pravilima propisanim Zakonom o parničnom postupku.³⁰

U čl. 237. ZPP-a Federacije Bosne i Hercegovine propisano je da izuzetno Vrhovni sud Federacije može dopustiti reviziju u svim predmetima, ako ocijeni da bi odlučivanje po reviziji bilo bitno za primjenu prava u drugim slučajevima. No, stajalište Vrhovnog suda Federacije je da revizija u zemljišnoknjižnom postupku nije dopuštena jer nije predviđena kao izvanredni pravni lijek Zakonom o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine.³¹

28 Uradni list Republike Slovenije, br. 30/86, 20/88, 87/02, 131/03.

29 Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, br. 58/02, 19/03, 54/04.

30 Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, br. 53/03, 73/05, 19/06.

31 Shvaćanje izraženo u odluci Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine br. 070-0-Rev-08-

8.3. Republika Makedonija

Za razliku od pravnih sustava Republike Hrvatske, Slovenije i Federacije Bosne i Hercegovine, zemljišnoknjižni postupak u Republici Makedoniji nije sudski postupak. Naime, u Makedoniji zemljišna knjiga i katastar spojeni su u jednu evidenciju koju vodi Agencija za katastar nekretnina, državna agencija koja je odgovorna za svoj rad Vladi Republike Makedonije (čl. 6. Zakona o katastru nekretnina³²).

Prije donošenja novog Zakona o katastru nekretnina 2013. godine u Republici Makedoniji na snazi je bio raniji Zakon o katastru nekretnina iz 2008. godine. Prema tom Zakonu vršen je sustavni upis nekretnina i vlasnika u novu evidenciju – katastar nekretnina na osnovi ugovora, rješenja, pravomoćnih sudskih odluka i dr. Pri uspostavi nove evidencije Agencija za katastar nekretnina donosila je rješenje u upravnom postupku, te je nezadovoljna stranka ima pravo podnijeti žalbu drugostupanjskoj komisiji Vlade. Ako stranka nije bila zadovoljna odlukom drugostupanjskog tijela, tada je imala pravo podnijeti tužbu Upravnom sudu Republike Makedonije.

Od travnja 2013. godine u Republici Makedoniji uspostavljen je katastar nekretnina i u postupku održavanja, pa stranke koje upisuju svoju imovinu u katastar nekretnina, na svoj zahtjev i trošak, od Agencije za katastar nekretnina dobivaju potvrdu o izvršenom upisu, odnosno potvrdu da im je zahtjev odbijen jer za upis nisu bili ispunjeni uvjeti. Pravo je nezadovoljne stranke da u roku od 15 dana od primitka potvrde na izvršeni ili odbijeni upis izravno podnese tužbu Upravnom sudu Republike Makedonije (čl. 237. Zakona).

9. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Iz navedenog se može zaključiti da je pravo na izjavljivanje žalbe i u zemljišnoknjižnom postupku izuzetno značajno, kako bi se eventualno nepravilno, odnosno nezakonito rješenje moglo ispraviti. Novim rješenjima u Republici Hrvatskoj kojima je uveden prigovor protiv prvostupanjskog rješenja o upisu, dana je mogućnost da se, kada za to postoje zakonom predviđeni uvjeti, prvostupanjsko rješenje izmijeni već na prvom stupnju, te da se drugostupanjski sudovi ne opterećuju jednostavnim žalbenim predmetima, primjerice u kojima se stranka žali na zabilježbu ovrhe ili neku drugu zabilježbu koju je odredio drugi sud ili nadležno tijelo u granicama svojih ovlasti.

Nova organizacija pravnih lijekova morala bi dovesti do ujednačavanja postupanja već na razini prvostupanjskih sudova, pri čemu će u tom dijelu veliku ulogu imati zemljišnoknjižni suci koji će se ovom granom građanskoga prava morati ozbiljno, a ne samo usput baviti.

S druge strane izvanrednom revizijom Vrhovni sud Republike Hrvatske moći će ispunjavati svoju Ustavom predviđenu ulogu najvišeg suda u Republici Hrvatskoj.

001170 od 15. siječnja 2009. godine, <http://www.ccbh.ba>.

32 Služben vesnik Republike Makedonije, br. 55/2013. Na internetskoj stranici Agencije za katastar nekretnina dostupan je navedeni zakon na makedonskom i engleskom jeziku (*Law on Real Estate Cadastre*).

Upravo iz tih razloga ne vidimo potrebu za ustrojavanje Visokog zemljišnoknjižnog suda, posebice s obzirom na broj predmeta koji bi se pred takvim sudom mogao objektivno naći u budućnosti.

Kada se govori o pravu na žalbu u zemljišnoknjižnom postupku, tada valja imati na umu da je pravo na žalbu ustavno pravo, te da to vrijedi i za zemljišnoknjižni postupak. Stoga je u tom dijelu važna i praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske.

Summary

LEGAL REMEDIES IN THE LAND REGISTRATION PROCEDURE

(The Situation in The Republic of Croatia and a Comparative Overview of the Situation in the Republic of Slovenia, Macedonia and Federation of Bosnia-Herzegovina)

Legal remedies in the court procedures allow the dissatisfied party to seek modification or rescission of the decision he/she considers illegal or irregular. The amendments of the Land Registration Act of 2013 introduced complaint as a regular legal remedy in the land registration procedure that the parties are entitled to file against a first-instance decision on the registration application. The paper discusses also the amendments with regards to the appeal that can now be filed against a decision of a land registration court with regards to the complaint as well as the positions taken with regards to filing for a revision in the land registration procedure. Furthermore, it gives a comparative overview of the legal remedies in the land registration procedure in Slovenia, Macedonia and the Federation of Bosnia-Herzegovina.

Key words: *legal remedies, regular and extraordinary complaint, appeal, recordation of the complaint or appeal, extraordinary revision, reasons for filing a complaint or appeal in the land registration procedure.*

Zusammenfassung

RECHTSMITTEL IM GRUNDBUCHVERFAHREN

(die Situation in der Republik Kroatien und komparative Darstellung der Situation in der Republik Slowenien, Republik Mazedonien und in der Föderation Bosnien und Herzegowina)

Rechtsmittel im Gerichtsverfahren dienen der unzufriedenen Partei, eine Veränderung oder Aufhebung der Entscheidung, welche ihrer Meinung nach rechtswidrig beziehungsweise regelwidrig ist, zu fordern. Die Novellierung des Gesetzes über Grundbücher aus dem Jahr 2013 hat den Einspruch als ordentliches Rechtsmittel im Grundbuchverfahren eingeführt, welchen die Parteien gegen die erstinstanzliche Entscheidung über den Eintragungsvorschlag einlegen können. Die Arbeit stellt auch die Neuigkeiten bezüglich der Berufung dar, welche jetzt gegen den Beschluss des Grundbuchgerichts über den Einspruch eingelegt werden kann, sowie auch die Auffassungen bezüglich der Revisionseinlegung im Grundbuchverfahren.

Rechtsmittel in Grundbuchverfahren in Slowenien, Mazedonien und in der Föderation Bosnien und Herzegowina werden auch komparativ dargestellt.

Schlüsselwörter: *Rechtsmittel, ordentliche und außerordentliche, Einspruch, Berufung, Vermerk des Einspruchs und der Berufung, außerordentliche Revision, Gründe für Einlegung des Einspruchs und der Berufung im Grundbuchverfahren.*

Riassunto

**I MEZZI DI IMPUGNAZIONE
NEL PROCEDIMENTO TAVOLARE
(lo stato dei fatti nella Repubblica di Croazia ed uno sguardo
comparatistico alla situazione nella Repubblica di Slovenia,
nella Repubblica di Macedonia e nella Federazione della Bosnia
ed Erzegovina)**

I mezzi d'impugnazione nel procedimento giudiziale servono alla parte insoddisfatta per ottenere la modifica oppure l'eliminazione della decisione che ritenga contraria alla legge ovvero ingiusta. Con la riforma della legge sui libri fondiari del 2013 è stata introdotta l'eccezione quale mezzo d'impugnazione ordinario nel procedimento tavolare. Le parti hanno diritto a sollevare l'eccezione che si riferisca alla decisione di primo grado in occasione della richiesta d'iscrizione. Nel lavoro si espongono altresì le novità che riguardano il ricorso che ora si può presentare contro il provvedimento del tribunale tavolare in occasione dell'eccezione, come pure l'orientamento adottato in materia di dichiarazione del riesame del procedimento tavolare. Da ultimo s'illustrano in chiave comparata i mezzi di impugnazione nel procedimento tavolare in Slovenia, Macedonia e Bosnia ed Erzegovina.

Parole chiave: *mezzi d'impugnazione, ordinari e straordinari, eccezione, ricorso, annotazione dell'eccezione ovvero del ricorso, riesame straordinario, ragioni per la dichiarazione dell'eccezione ovvero del ricorso nel procedimento tavolare.*

NADLEŽNOST UPRAVNIH SUDOVA U ZAŠTITI TRŽIŠNOG NATJECANJA

Lidija Rostaš-Beroš, predsjednica II. odjela
Visoki upravni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.988.85:339.13
Ur.: 13. siječnja 2014.
Pr.: 27. siječnja 2014.
Stručni rad

Sažetak

U radu se razmatra nadležnost upravnih sudova kroz do sada donesene zakone o zaštiti tržišnog natjecanja u Republici Hrvatskoj. Kako su se mijenjali propisi kojima je uređivana zaštita tržišnog natjecanja, hrvatsko pravo tržišnog natjecanja sve se više usklađivalo s europskim pravom, što je bila i namjera s obzirom na pripreme, a zatim i ulazak Republike Hrvatske u članstvo Europske unije. Međutim, iz istog razloga je provedena i reorganizacija upravnog sudovanja pa su se mijenjali i upravni sudovi nadležni za ocjenjivanje zakonitosti akata donesenih u postupcima kontrole poštovanja pravila o tržišnom natjecanju.

Ključne riječi: *poduzetnik, tržišno natjecanje, odluke, Agencija, pravna stečevina, Europska unija, nadležnost, upravni spor, upravni sudovi.*

1. UVOD

Pravo tržišnog natjecanja čine pravila kojima je cilj osigurati jednake uvjete poslovanja za sve poduzetnike, postavljanje jasnih pravila za natjecanje poduzetnika na tržištu, ali time i granice slobode njihova djelovanja i određivanje granica dopuštenih sredstava i mjera kojima se poduzetnici mogu služiti kako bi imali bolji položaj na tržištu.¹

Područje zaštite tržišnog natjecanja u Republici Hrvatskoj po prvi puta je uređeno Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja iz 1995. Potom je 1997. godine uslijedio ispravak tog Zakona, a zatim 1998. godine njegove izmjene i dopune.² Nakon toga je 2003. godine donesen sljedeći Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja³ te novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009. godine⁴ koji je izmijenjen i dopunjen

1 Vlatka Butorac Malnar, Jasminka Pecotić Kaufman, Siniša Petrović, *Pravo tržišnog natjecanja*, Zagreb, Pravni fakultet, 2013., str. 3.

2 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, broj 48/95., 52/97., 89/98., u daljnjem tekstu: ZZTN/95).

3 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, broj 122/03., u daljnjem tekstu: ZZTN/03).

4 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, broj 79/09., u daljnjem tekstu: ZZTN/09).

u lipnju 2013.⁵ Trenutno je na snazi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009. godine s izmjenama i dopunama iz 2013. godine.⁶

Doneseni zakoni kojima su postavljena pravila o zaštiti tržišnog natjecanja bili su usmjereni prema postupnom usklađivanju zakonodavstva Republike Hrvatske s pravnim stečevinama Europske unije. Istovremeno je reorganizirano i hrvatsko upravno sudstvo tako da se mijenjala i nadležnost sudova koji vrše kontrolu zakonitosti odluka u postupcima zaštite tržišnog natjecanja.

2. ZAKON O ZAŠTITI TRŽIŠNOG NATJECANJA IZ 1995. GODINE

Prvi hrvatski propis koji je sustavno uredio pravo zaštite tržišnog natjecanja donesen je relativno kasno, 1995. godine, a stupio je na snagu 22. srpnja 1995.

Već su u tom Zakonu bili uključeni temeljni instituti prava konkurencije Europske unije. Konkretno, temeljio se na odredbama članka 81. i 82. Ugovora o osnivanju Europske zajednice (tzv. Amsterdamski sporazum).⁷

Uz uvođenje osnovnih pravila tržišnog natjecanja, ZZTN/95 je osigurao osnutak i rad Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja⁸ koja obavlja stručne i upravne poslove u svezi sa zaštitom tržišnog natjecanja.⁹

Sam je Zakon sadržavao svega nekoliko postupovnih odredbi, stoga se postupak u nadležnosti Agencije provodio prema odredbama Zakona o općem upravnom postupku.¹⁰ Rješenja je donosio ravnatelj Agencije, a protiv rješenja ravnatelja Agencije nezadovoljnoj stranci nije bila dopuštena žalba, već je mogla pokrenuti upravni spor kod Upravnog suda Republike Hrvatske.¹¹ Stoga je tadašnji Upravni sud Republike Hrvatske bio nadležan obavljati sudsku kontrolu akata Agencije donesenih u postupcima zaštite tržišnog natjecanja.¹²

U upravnim sporovima Upravni sud Republike Hrvatske odlučivao je u vijeću sastavljenom od trojice sudaca,¹³ dok je širi sastav sudskog vijeća od pet sudaca utvrđen za rješavanje o prijedlogu za ponavljanje postupka dovršenog presudom

5 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, broj 80/13., u daljnjem tekstu: ZID ZZTN/09).

6 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, broj 79/09., 80/13., u daljnjem tekstu: ZZTN).

7 Mladen Cerovac, Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, dostupno na: <http://www.aztn.hr>

8 Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja osnovana je odlukom Hrvatskog sabora 20. rujna 1995. (u daljnjem tekstu: Agencija), a s radom je započela 1997. godine.

9 Članak 27. stavak 1. ZZTN/95.

10 Zakon o općem upravnom postupku (Narodne novine, broj 53/91., 103/96., u daljnjem tekstu: stari ZUP).

11 Članak 37. ZZTN/95.

12 Upravni sud Republike Hrvatske djelovao je od 1977. godine kao jedinstveni sud za upravne sporove na području Hrvatske (prije SR Hrvatske, a sada Republike Hrvatske). Pod tim je imenom djelovao do 1. siječnja 2012., a potom je nastavio kao Visoki Upravni sud Republike Hrvatske.

13 Članak 3. stavak 1. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 53/91., 9/92., 77/92., u daljnjem tekstu: Stari ZUS).

ili rješenjem.¹⁴ Taj je sud u pravilu ocjenjivao samo zakonitost akata Agencije, iako su odredbe staroga ZUS-a omogućavale sudu da riješi spor rješavajući predmet o kome se vodio upravni postupak, pod uvjetom da to dopušta priroda stvari i da podaci postupka pružaju za to pouzdan temelj.¹⁵

3. ZAKON O ZAŠTITI TRŽIŠNOG NATJECANJA IZ 2003. GODINE

Pokazalo se da su postupovna pravila propisana ZUP-om zastarjela i u pravilu teško primjenjiva na vrlo sofisticirane postupke utvrđivanja narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja. Taj propis nije bio dovoljno prilagođen potrebi brzog i učinkovitog provođenja postupka. Navedeni razlozi učinili su nužnim donošenje novih propisa o tržišnom natjecanju. Tome treba pridodati još dva, neraskidivo povezana razloga. To je vrlo brzi razvoj prava konkurencije u svijetu i obveza Republike Hrvatske da svoje zakonodavstvo uskladi s propisima Europske unije. Upravo je tržišno natjecanje bilo jedno od prioritetnih područja na kojem je trebalo izvršiti harmonizaciju.¹⁶

Tako je donesen ZZTN/03, koji se počeo primjenjivati 1. listopada 2003.

Predmet novodonesenog Zakona bilo je uređenje pravila i sustav mjera za zaštitu tržišnog natjecanja, ovlasti i zadaće te ustrojstvo tijela za zaštitu tržišnog natjecanja i postupanje u vezi s provedbom tog Zakona.¹⁷ Tim je Zakonom postupak donošenja odluka pred Agencijom bio propisan znatno opsežnije i detaljnije (skoro trećinom zakona) za razliku od ZZTN/95. Međutim, ako ZZTN/03 nije bilo drukčije propisano, primjenjivale su se odredbe Zakona o općem upravnom postupku.¹⁸

ZZTN/03 je propisao ovlasti Agencije pri prikupljanju podataka i obavijesti, s time da je Agencija imala pravo od nadležnog prekršajnog suda zatražiti izdavanje pisanog naloga za pretragu osoba, stana, odnosno prostorija kao i zapljenu predmeta i dokumentacije poduzetnika ili treće osobe, ako ocijeni da postoji osnovana sumnja da stranka u postupku ili treća osoba ima u posjedu isprave ili druga sredstva bitna za utvrđivanje materijalne istine u postupku.¹⁹ Agencija je, na temelju rješenja kojim je utvrdila povrede tog Zakona, protiv poduzetnika i odgovorne osobe poduzetnika podnosila zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka nadležnom prekršajnom sudu koji je izricao kazne propisane za povrede tog Zakona.²⁰

U postupku utvrđivanja povreda pravila o tržišnom natjecanju Agencija je bila ovlaštena donositi rješenja i zaključke, a sudska zaštita bila je propisana odredbom članka 58. ZZTN/03. Protiv rješenja Agencije nije bilo dopušteno izjavljivanje redovnog pravnog lijeka, žalbe, stoga je rješenje bilo konačno i izvršno. Nezadovoljna

14 Članak 54. starog ZUS-a.

15 Bosiljka Britvić Vetma, Boris Ljubanović, *Ovlasti upravnog suca u sporu pune jurisdikcije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013, str. 433.

16 Mladen Cerovac, *Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja*, dostupno na: <http://www.aztn.hr>

17 Članak 1. ZZTN/03.

18 Članak 39. ZZTN/03. Naime, člankom 3. starog ZUP-a bilo je propisano da se u upravnim oblastima za koje je zakonom propisan poseban postupak, postupa po odredbama tog zakona. Po odredbama ZUP-a postupa se u svim pitanjima koja nisu uređena posebnim zakonom.

19 Članak 49. ZZTN/03.

20 Članci 60. do 63. ZZTN/03.

stranka je protiv takvoga rješenja imala pravo u roku od 30 dana od dana dostave rješenja pokrenuti upravni spor pred tada još nadležnim Upravnim sudom Republike Hrvatske, u skladu s odredbama starog ZUS-a. Novina uvedena ZZTN/03 bila je da se presude i rješenja Upravnog suda po tužbi povodom rješenja Agencije, objavljuju u Narodnim novinama, a propisana je i mogućnost objavljivanja u službenom glasilu Agencije, odnosno na mrežnim stranicama Agencije.²¹

4. ZAKON O ZAŠTITI TRŽIŠNOG NATJECANJA IZ 2009. GODINE

Treći i, uz izmjene i dopune, sada važeći Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja donesen je 2009. godine. Stupio je na snagu 1. listopada 2010. i tako je hrvatsko pravo tržišnog natjecanja usklađeno s pravom Europske unije.

Najvećim nedostatkom prethodnog ZZTN/03 pokazalo se što su njime bila uređena pravila u području zaštite tržišnog natjecanja, propisane kazne za njihovo kršenje te dane ovlasti Agenciji samo za utvrđivanje povreda Zakona. Kako je već navedeno, odluke Agencije bile su konačne u upravnom postupku i protiv njih nije bila dopuštena žalba, ali je nezadovoljna stranka mogla pred Upravnim sudom Republike Hrvatske tužbom pokrenuti upravni spor. Međutim, istodobno je kažnjavanje poduzetnika za učinjene povrede, koje je Zakon karakterizirao kao prekršaj, dano u nadležnost lokalnim prekršajnim sudovima prema sjedištu svakoga poduzetnika.²²

Na taj su način zakonitost odluka Agencije nadzirala dva suda, nadležni prekršajni sud i Upravni sud Republike Hrvatske.

Taj bitan nedostatak u primjeni ZZTN/03 riješen je tako što su odredbama ZZTN/09 Agenciji, koja je bila nadležna samo za utvrđivanje povreda Zakona, povjerene i ovlasti za izricanje sankcija za utvrđene povrede. Naime, povrede propisa o tržišnom natjecanju su se do donošenja ZZTN/09 smatrale prekršajima, a njegovim donošenjem su umjesto prekršaja uvedene upravno-kaznene mjere. Izriče ih Agencija, a cilj im je osiguravanje učinkovitog tržišnog natjecanja, kažnjavanje počinitelja povreda tog Zakona, otklanjanje štetnih posljedica takvih povreda i odvracanje drugih poduzetnika od kršenja odredaba tog Zakona.²³

Tako je Upravni sud Republike Hrvatske donošenjem ZZTN/09 dobio u nadležnost odlučivanje o zakonitosti akata Agencije i u dijelu koji se odnosi na utvrđivanje povrede propisa o tržišnom natjecanju i u dijelu koji se odnosi na izrečenu upravno kaznenu mjeru.²⁴

U međuvremenu je donesen i novi Zakon o upravnim sporovima²⁵ koji je stupio na snagu 1. siječnja 2012.

Istovremeno donošenjem zakona kojim je uređen novi upravni spor, reorganiziran je i sustav upravnog sudovanja na način da su za područja određenih županija

21 Članak 59. ZZTN/03.

22 Obrazloženje Konačnog prijedloga ZZTN 09 sa 11. sjednice Hrvatskog sabora održane 24. lipnja 2009., s <http://www.sabor.hr>

23 Članak 60. ZZTN/09.

24 Mladen Cerovac, Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja: značajne novine, <http://www.aztn.hr>

25 Zakon o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10., u daljnjem tekstu: ZUS).

ustanovljeni upravni sudovi sa sjedištima u Zagrebu, Osijeku, Splitu i Rijeci²⁶ kao prvostupanjski upravni sudovi koji su započeli s radom 1. siječnja 2012., a Upravni sud Republike Hrvatske je od istog dana nastavio s radom kao Visoki upravni sud Republike Hrvatske²⁷ koji je ustanovljen za područje Republike Hrvatske.²⁸

Zakon o upravnim sporovima iz 2010. mijenja dugogodišnji sadržaj upravnog spora. Riječ je o potpuno novom pravnom uređenju, drugačijoj koncepciji sudske kontrole zakonitosti djelovanja javnopravnih tijela. Uz novo ustrojstvo upravnog sudstva, bitno se proširuje predmet upravnog spora. Šire se ovlasti, ali i obveze upravnih sudova da sami utvrđuju činjenično stanje, vode usmenu raspravu, a postoji i mogućnost ulaganja žalbe na presude upravnog suda. Taj Zakon uređuje upravni spor primarno kao spor pune jurisdikcije.²⁹

Upravni sudovi su, među ostalim, nadležni i za odlučivanje o tužbama protiv pojedinačnih odluka javnopravnih tijela,³⁰ a odluke su prije izmjena i dopuna ZUS-a³¹ u pravilu donosili u vijeću od tri suca, osim u posebno propisanim slučajevima.³² Stoga je prije izmjena i dopuna ZUS-a odluke Agencije kontroliralo vijeće od tri suca prvostupanjskog upravnog suda.

Kako se uvođenjem dvostupanjskog upravnog spora ne bi nepotrebno produžilo vođenje sudske postupka uveden je, tzv. filter za žalbu, kojim se nastoje „filtrirati“ odluke protiv kojih je dopušteno podnijeti žalbu. Tako je propisano da se, uz postojanje žalbenih razloga (bitne povrede pravila sudske postupka, pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje u sporu, pogrešna primjena materijalnog prava) žalba može podnijeti samo kada je upravni sud presudom sam odlučio o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke.³³

Dakle, protiv presude kojom prvostupanjski upravni sud usvoji tužbeni zahtjev, poništi odluku Agencije i sam odluči o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke, dopušteno je podnošenje žalbe Visokom upravnom sudu,³⁴ a protiv presude kojom sud tužbeni zahtjev odbije žalba nije dopuštena.³⁵

Krajem 2012. godine donesen je Zakon o izmjenama i dopunama ZUS-a koji je stupio na snagu od 28. prosinca 2012. Tim je Zakonom propisano da u upravnim sporovima pred upravnim sudovima odlučuje sudac pojedinac³⁶ bez izuzetka. Tako

26 Članak 14.a stavak 1. Zakona o sudovima (Narodne novine, broj 150/05., 16/07., 113/08., 153/09., 116/10., 27/11.) i članak 6. Zakona o područjima i sjedištima sudova (Narodne novine, broj 144/10., 84/11.).

27 U daljnjem tekstu: Visoki upravni sud.

28 Članak 14.a stavak 2. Zakon o sudovima.

29 Bosiljka Britvić Vetma, Boris Ljubanović, *Ovlasti upravnog suca u sporu pune jurisdikcije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013, str. 434.

30 Članak 12. stavak 2. ZUS-a.

31 ZUS je izmijenjen i dopunjen Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 143/12.).

32 Članak 14. ZUS-a iz 2010.

33 Inga Vezmar Barlek, *Naglasci reforme upravnog spora*, *Novosti u upravnom pravu i upravno-sudskoj praksi*, Savjetovanje – Zagreb, 28. veljače 2011.

34 Članak 66. stavak 2. u vezi sa člankom 58. stavak 1. ZUS-a.

35 Članak 74. stavak 2. ZUS-a.

36 Članak 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima.

je uslijedilo razdoblje u kojem je zakonitost odluka Agencije, kao kolegijalnog tijela koje za svoj rad odgovara Hrvatskom saboru,³⁷ kontrolirao sudac pojedinac prvostupanjskog upravnog suda protiv čijih je odluka i nadalje podnošenje žalbe, kao što je već navedeno, dopušteno samo u propisanom slučaju.

Međutim, uslijedile su izmjene i dopune ZZTN/09. Zakon o izmjenama i dopunama ZZTN/09 stupio je na snagu danom pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji.³⁸ Za donošenje tog Zakona bila su dva razloga.

Prvi je bio neposredno vezan uz pristupanje Republike Hrvatske Europskoj uniji i primjenu pravne stečevine Europske unije s područja zaštite tržišnog natjecanja u Republici Hrvatskoj. Naime, iako je važeći Zakon usklađen s postojećom pravnom stečevinom Europske unije u području zaštite tržišnog natjecanja, članstvom u Europskoj uniji, u postupcima utvrđivanja zabranjenih sporazuma između poduzetnika i zlouporabe vladajućeg položaja, bilo je potrebno osigurati da se, uz nacionalno zakonodavstvo, u Republici Hrvatskoj izravno primjenjuje pravo Europske unije (članak 101. i članak 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, u daljnjem tekstu: UFEU) kada je riječ o postupanjima poduzetnika koji imaju učinak na trgovinu između Republike Hrvatske i država članica Europske unije³⁹ u skladu s Uredbom Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. i Uredbom Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004.

Drugi se razlog odnosi na nadležnost Visokog upravnog suda.

Naime, ZUS-om je propisano da je Visoki upravni sud nadležan za odlučivanje o žalbama protiv presuda upravnih sudova i rješenja upravnih sudova protiv kojih je dopuštena žalba, o zakonitosti općih akata, o sukobu nadležnosti između upravnih sudova i u drugim propisanim slučajevima.⁴⁰ Dakle, tim je Zakonom otvorena mogućnost da se i Visokom upravnom sudu, baš kao i upravnim sudovima, ako se to ocijeni korisnim, posebnim zakonom odredi i neka druga specifična nadležnost.⁴¹

Tako je uzimajući u obzir, s jedne strane, potrebu stalnog praćenja i vrlo dobrog poznavanja pravne stečevine Europske unije na ovom području, odnosno određene specijalizacije sudaca, a s druge strane nemogućnost i neekonomičnost sustavne edukacije sudaca na sva četiri upravna suda, izmjenama i dopunama ZZTN/09 uređena nadležnost Visokog upravnog suda za odlučivanje o tužbama protiv odluka Agencije. Navedeno rješenje već postoji pri odlučivanju o odlukama HAKOM-a, a zadovoljava i sve uvjete iz Europske konvencije o ljudskim pravima jer Visoki upravni sud je sud pune jurisdikcije, u čijem su sastavu suci s najviše iskustva i znanja u primjeni ove grane prava što omogućuje kvalitetnu i potpunu zaštitu stranaka.⁴²

ZZTN za razliku od ZZTN/03 propisuje nadležnost Visokog upravnog suda i za odlučivanje o zahtjevima Agencije za davanje naloga za provedbu nenajavljene

37 Članak 34. ZZTN/09.

38 Republika Hrvatska postala je punopravna članica Europske unije 1. srpnja 2013.

39 Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama ZZTN/09 s 8. sjednice Hrvatskog sabora održane 21. lipnja 2013., <http://www.sabor.hr>, str. 4.

40 Članak 23. stavak 1. Zakona o sudovima i 12. stavak 3. ZUS-a.

41 Dario Đerđa, Marko Šikić, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Zagreb, Novi informator, 2012., str. 118.

42 Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama ZZTN/09, op. cit., str. 6.

pretrage. Naime, nenajavljena pretraga poslovnih prostorija, zemljišta i prijevoznih sredstava, dokumenata, isprava i stvari koje se tamo nalaze, kao i pečaćenje te privremeno oduzimanje predmeta osobito se provodi ako postoji opasnost od skrivanja ili uništenja dokaza, a koji su neophodni za utvrđivanje narušavanja tržišnog natjecanja u smislu članka 8. ili 13. Zakona ili članka 101. ili 102. UFEU-a, a razumno je za pretpostaviti da se oni nalaze u određenom prostoru ili kod određene osobe. U smislu Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 Agencija će zahtjev za takav nalog podnijeti Visokom upravnom sudu i kada isti zatraži Europska komisija ili nadležno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja države članice Europske unije. Visoki upravni sud je dužan u roku od dva dana od zaprimanja zahtjeva Agencije odlučiti o davanju naloga za provedbu nenajavljene pretrage.⁴³ Protiv naloga za provedbu nenajavljene pretrage nije dopuštena žalba.⁴⁴

S obzirom na to da se poslovne prostorije, zemljišta i prijevozna sredstva za koje Agencija zahtijeva provedbu nenajavljene pretrage, mogu nalaziti na područjima nadležnosti različitih upravnih sudova, isključivom nadležnošću Visokog upravnog suda za odlučivanje o davanju takvog naloga zadovoljeno je načelo ekonomičnosti i hitnosti, posebice s obzirom na kratkoću roka za donošenje odluke.

Osim toga, odredbe koje uređuju način izdavanja naloga i provođenje nenajavljenih pretraga, na odgovarajući način se primjenjuju i na inspeksijske pretrage koje je, na zahtjev Europske komisije sukladno s njezinim ovlastima u provedbi Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004 koja uređuje ocjene koncentracija poduzetnika s učinkom na trgovinu između država članica Europske unije, Agencija obvezna izvršiti u poduzetnicima i njihovim udrugama na području Republike Hrvatske.⁴⁵

Za razliku od prethodnih zakona kojima je bila uređena zaštita tržišnog natjecanja, ZZTN je doista detaljno propisao postupak u nadležnosti Agencije. Zakon o općem upravnom postupku i nadalje se primjenjuje kao opći propis kojim je uređeno postupanje u svim upravnim stvarima,⁴⁶ a Prekršajni zakon se primjenjuje na oblik i sadržaj poziva za glavnu raspravu, tijek glavne rasprave, dovođenje stranaka i trećih osoba na glavnu raspravu i zapisnik o glavnoj raspravi.⁴⁷

Agencija u postupku u njenoj nadležnosti donosi rješenja i zaključke. O postupovnim pitanjima Agencija odlučuje rješenjem i zaključkom, a o rješavanju upravne stvari donosi rješenje.

Protiv rješenja Agencije nije dopušteno izjavljivanje žalbe, ali se može, u roku od 30 dana od dana dostave rješenja, podnošenjem upravne tužbe pokrenuti upravni

43 Članak 42. ZZTN-a.

44 Članak 67. stavak 6. ZZTN-a.

45 Članak 42. stavak 8. ZZTN-a.

46 Članak 35. stavak 1. ZZTN-a. Donesen je novi Zakon o općem upravnom postupku (Narodne novine, broj 47/09., u daljnjem tekstu: ZUP) koji je stupio je na snagu 1. siječnja 2010. Odredbom članka 3. ZUP-a propisano je da se taj Zakon primjenjuje u postupanju u svim upravnim stvarima. Samo se pojedina pitanja upravnog postupka mogu urediti drukčije, ako je to nužno za postupanje u pojedinim upravnim područjima te ako to nije protivno temeljnim odredbama i svrsi ZUP-a.

47 Članak 35. stavak 2. ZZTN-a.

spor pred Visokim upravnim sudom.⁴⁸

Upravna tužba se može podnijeti protiv rješenja kojima Agencija odlučuje o pojedinim pitanjima tijekom postupka i protiv rješenja kojima rješava upravnu stvar.

Među postupovna rješenja protiv kojih se može pokrenuti upravni spor spada rješenje kojim Agencija osobama koje nemaju položaj stranke u postupku priznaje ili ne priznaje postojanje prava ili pravnih interesa, odnosno istovjetna prava u postupku koja ima podnositelj inicijative,⁴⁹ zatim rješenje kojim utvrđuje nepostojanje uvjeta ili javnog interesa za pokretanje postupka,⁵⁰ rješenje kojim u postupku prikupljanja podataka odlučuje je li povrijeđen Zakon i u slučaju povrede izriče upravno-kaznenu mjeru za tu povredu,⁵¹ kao i rješenje o privremenoj mjeri.⁵²

U rješavanju upravne stvari Agencija može donijeti rješenje o utvrđivanju postojanja zabranjenog sporazuma,⁵³ rješenje o utvrđivanju zlouporabe vladajućeg položaja⁵⁴, zatim rješenje o ocjeni koncentracije⁵⁵ i protiv svih tih rješenja može se pokrenuti upravni spor pred Visokim upravnim sudom.

Protiv zaključka Agencije nije dopušteno izjaviti žalbu niti podnijeti samostalnu upravnu tužbu, međutim zaključak kao odluka koja se donosi o postupovnim pitanjima, može se pobijati tužbom protiv rješenja kojim je riješena upravna stvar.⁵⁶

Protiv rješenja Agencije kojim se utvrđuje povreda ZZTN-a ili članka 101. ili članka 102. UFEU-a i izriče upravno-kaznena mjera u skladu s tim Zakonom, upravnu tužbu može podnijeti nezadovoljna stranka u postupku, a protiv rješenja Agencije kojim se utvrđuje da nije narušeno tržišno natjecanje u smislu tog Zakona ili članka 101. ili 102. UFEU-a i rješenja kojim se obustavlja postupak, tužbu može podnijeti i podnositelj inicijative, odnosno osoba kojoj su rješenjem Agencije utvrđena ista postupovna prava kao i podnositelju inicijative.⁵⁷

Tužba protiv rješenja može se podnijeti zbog povrede propisa materijalnog prava o tržišnom natjecanju, bitne povrede odredbi o postupku, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja te pogrešne odluke o upravno-kaznenoj mjeri i drugim pitanjima o kojima odlučuje Agencija.⁵⁸

Visoki upravni sud o tužbenom zahtjevu odlučuje u vijeću od tri suca, osim kada odlučuje o zakonitosti općih akata, kada odlučuje u vijeću od pet sudaca.⁵⁹

Kako je već navedeno, ZUS je dao mogućnost da Visoki upravni sud odlučuje kao prvostupanjski sud kad je to propisano određenim zakonom, primjerice u slučaju zaštite tržišnog natjecanja. Međutim, zakonodavac kod izmjena i dopuna ZUS-a nije imao na umu sastav Visokog upravnog suda tako da je postupak uređen samo za

48 Članak 67. stavak 1. ZZTN-a.

49 Članak 36. stavak 4. ZZTN-a.

50 Članak 38. stavak 8. ZZTN-a.

51 Članak 41. stavak 3. ZZTN-a.

52 Članak 51. stavak 4. ZZTN-a.

53 Članak 9. ZZTN-a.

54 Članak 14. ZZTN-a.

55 Članak 22. ZZTN-a.

56 Članak 67. stavak 3. ZZTN-a.

57 Članak 67. stavak 5. ZZTN-a.

58 Članak 67. stavak 1. ZZTN-a.

59 Članak 14. stavak 2. ZUS-a.

upravne sudove i pred sucem pojedincem, a nije se vodilo računa da u propisanim slučajevima (elektroničke komunikacije, tržišno natjecanje) po istim odredbama postupaju i Visoki upravni sud koji sudi u vijeću.

Naime, odredba članka 73. stavka 2. ZUS-a propisuje da Visoki upravni sud može održati raspravu ako to smatra potrebnim, zatim da se na zakazivanje i tijekom rasprave pred Visokim upravnim sudom na odgovarajući način primjenjuju odredbe o raspravi pred upravnim sudom. Međutim navedenom zakonskom odredbom je propisano postupanje Visokog upravnog suda kao drugostupanjskog suda kada odlučuje o žalbama protiv odluka upravnih sudova.

Izmjenama i dopunama ZUS-a iz 2010. godine izbrisane su odredbe kojima je bilo propisano da se postupak vodi pred vijećem ili sucem pojedincem. Stoga je Visoki upravni sud prisiljen na odgovarajući način primjenjivati pravila postupanja koja su propisana samo za upravne sudove s tim da protiv odluka Visokog upravnog suda žalba nije dopuštena.

5. UMJESTO ZAKLJUČKA

Do sada su donesena tri zakona kojima je uređena zaštita tržišnog natjecanja. Prvi je takav zakon donesen 1995. godine, zatim sljedeći 2003. godine i na kraju zakon iz 2009. godine. U sva ta tri zakona utkane su odredbe koje su hrvatsko pravo tržišnog natjecanja vodile prema usklađenju s europskim pravom što je postignuto donošenjem posljednjeg zakona iz 2009. godine koji je s danom ulaska Republike Hrvatske u Europsku uniju još izmijenjen i dopunjen.

Od samoga početka stručne i upravne poslove u svezi sa zaštitom tržišnog natjecanja obavlja Agencija, a nadzor zakonitosti vođenja postupka u nadležnosti Agencije i zakonitosti njenih odluka u nadležnosti je upravnih sudova.

Radi usklađivanja hrvatskoga prava s pravnim stečevinama Europske unije pristupilo se i potpuno novom uređenju upravnosudske zaštite te donošenju novog Zakona o upravnim sporovima. Izmijenjen je sustav upravnog sudovanja pa je umjesto jednostupanjskog uveden dvostupanjski upravni spor. Osnovana su četiri upravna suda koja su započela s radom 1. siječnja 2012., a Upravni sud Republike Hrvatske od istog dana nastavio je s radom kao Visoki upravni sud.

Istovremeno s uvođenjem drukčije organizacije upravnih sudova mijenjala se i njihova nadležnost u nadzoru zakonitosti rada Agencije. Tako je do 1. siječnja 2012. nadzor zakonitosti akata Agencije bila u nadležnosti Upravnog suda Republike Hrvatske. Zatim su od 1. siječnja 2012. do 1. srpnja 2013. za to bili nadležni upravni sudovi, a o žalbama protiv odluka upravnih sudova odlučuje Visoki upravni sud. Međutim, od 1. srpnja 2013. zakonitost pojedinačnih odluka kojima Agencija odlučuje o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke ocjenjuje Visoki upravni sud, dakle najviša instanca upravnog sudovanja u Republici Hrvatskoj.

Summary

THE COMPETENCE OF ADMINISTRATIVE COURTS IN THE PROTECTION OF MARKET COMPETITION

The paper considers the competence of administrative courts through so far adopted competition laws in the Republic of Croatia. With the changes of legislation which regulates the protection of market competition, Croatian competition law became more harmonised with the European law, which was the intention considering the preparations and then the membership of the Republic of Croatia in the European Union. However, for the same reason the reorganisation of the administrative adjudication was also conducted, which caused changes of administrative courts competent for review of legality of acts adopted in the procedures of control of respect of competition rules.

Key words: *entrepreneur, competition, decisions, Agency, acquis communautaire, European Union, competence, administrative dispute, administrative courts.*

Zusammenfassung

ZUSTÄNDIGKEIT VON VERWALTUNGSGERICHTEN IM SCHUTZ DES MARKTWETTBEWERBS

In der Arbeit wird die Zuständigkeit von Verwaltungsgerichten in den bisher erlassenen Gesetzen über den Schutz des Marktwettbewerbs in der Republik Kroatien in Betracht gezogen. Mit der Änderung der Vorschriften über den Schutz des Marktwettbewerbs wurde das kroatische Recht des Marktwettbewerbs immer mehr an das europäische Recht angeglichen, was auch die Absicht war, da sich die Republik Kroatien zuerst auf die EU-Mitgliedschaft vorbereitete und danach auch der EU beigetreten ist. Aus demselben Grund wurde auch die Reorganisation der Verwaltungsrechtsprechung durchgeführt, so dass sich auch die Verwaltungsgerichte, welche für die Bewertung der Gesetzmäßigkeit von den in Verfahren über die Kontrolle der Achtung von Regeln über den Marktwettbewerb erlassenen Akten zuständig sind, geändert haben.

Schlüsselwörter: *Unternehmer, Marktwettbewerb, Entscheidungen, Agentur, gemeinschaftlicher Besitzstand, die Europäische Union, Zuständigkeit, Verwaltungsstreitigkeit, Verwaltungsgerichte.*

Riassunto

LA COMPETENZA DELLE CORTI AMMINISTRATIVE NELLA TUTELA DELLA CONCORRENZA

Il contributo si occupa della competenza delle corti amministrative nell'ambito del diritto della concorrenza esistente nella Repubblica di Croazia. In seguito ai interventi di modifica della legislazione, che regola la protezione della competizione sul mercato, il diritto della concorrenza croato s'è maggiormente armonizzato con il diritto europeo; risultato cui, del resto, si voleva pervenire, visto che il fine ultimo della Repubblica di Croazia era di fare ingresso quale Stato membro nell'Unione europea. Ad ogni modo, per la stessa ragione s'intraprese un percorso riformativo della giustizia amministrativa, il che comportò modifiche nella competenza delle corti amministrative nell'esame della legalità degli atti adottati in procedure di controllo del rispetto delle regole concorrenziali.

Parole chiave: *imprenditore, concorrenza, decisioni, Agenzia, acquis communautaire, Unione europea, competenza, dibattito amministrativo, corti amministrative.*

PRETVORBA DRUŠTVENOG VLASNIŠTVA NA STVARIMA KOJE NISU PROCIJENJENE KOD PRETVORBE DRUŠTVENIH PODUZEĆA

Dr. sc. Jadranko Jug, sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.232.1.
Ur.: 14. siječnja 2014.
Pr.: 28. siječnja 2014.
Osvrt

Sažetak

U radu se obrađuje pretvorba društvenog vlasništva na stvarima koje nisu procijenjene u masi društvenoga kapitala kod pretvorbe društvenih poduzeća. Nakon provedene pretvorbe društvenih poduzeća sukladno Zakonu o pretvorbi društvenih poduzeća, u teoriji i praksi postojale su dvojbe u svezi sa stjecanjem prava vlasništva na tim stvarima. To se prvenstveno odnosilo na primjenu Zakona o privatizaciji koji je nejasno regulirao postupak stjecanja prava vlasništva na tim stvarima, a što se najviše odrazilo na nejednako postupanje sudova kod uknjižbe prava vlasništva neprocijenjenih nekretnina u zemljišne knjige. Donošenjem Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima nisu otklonjene dvojbe u svezi sa postupanjem s tim stvarima, jer je taj zakon izričito otklonio primjenu općih odredbi o pretvorbi društvenog vlasništva na stvarima koje nisu procijenjene kod pretvorbe društvenih poduzeća.

Zakon o turističkom i ostalom građevinskom zemljištu neprocijenjenom u postupku pretvorbe i privatizacije izvršio je pretvorbu određene vrste nekretnina neprocijenjenih kod pretvorbe društvenih poduzeća. Zakon o upravljanju državnom imovinom tek 2010. godine stavlja izvan snage Zakon o privatizaciji i propisuje pretvorbu i stjecanje prava vlasništva na svim preostalim stvarima bivših društvenih poduzeća na kojima do tada nije izvršena pretvorba. Cijeli proces pretvorbe društvenog vlasništva na tim stvarima završava donošenjem Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske 2013. godine, a koji je zamijenio Zakon o upravljanju državnom imovinom.

Stoga je u radu predmet razmatranja zakonodavna povijest u svezi sa reguliranjem ove problematike uz prikaz različitih teorijskih tumačenja i praktičnih postupanja sudova. Pritom se uvodno prikazuje općenito pretvorba društvenog vlasništva na stvarima, a osnovni je cilj i svrha rada cjeloviti prikaz postupanja sa stvarima koje nisu procijenjene kod pretvorbe društvenih poduzeća te otklanjanje bilo kakvih preostalih dvojbi kod tog postupanja.

Ključne riječi: pretvorba društvenog vlasništva, društvena poduzeća, privatizacija, turističko zemljište, državna imovina.

1. UVOD

Donošenjem Ustava Republike Hrvatske¹ ukinuto je društveno vlasništvo te je započeo postupak pretvorbe društvenog vlasništva. Pretvorba društvenog vlasništva do donošenja Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima² vršila se nizom posebnih propisa koji su vršili pretvorbu društvenopravnih subjekata u cjelini kao pravnih osoba,³ odnosno pretvorbu sredstava određene pravne osobe⁴ ili direktnu pretvorbu određenih stvari u društvenom vlasništvu⁵. ZVDSP je trebao završiti pretvorbu na stvarima u društvenom vlasništvu koje do stupanja na snagu ZVDSP-a⁶ nisu bile pretvorene posebnim zakonima. Međutim, to nije bilo moguće u cijelosti s obzirom na to da je sam ZVDSP predvidio iznimke od pretvorbe društvenog vlasništva na određenim stvarima ili u odnosu na neke pravne subjekte.⁷

Jedna od iznimki od primjene općih odredbi ZVDSP-a o pretvorbi društvenog vlasništva na stvarima odnosila se na pretvorbu stvari koje nisu unesene u društveni kapital pravnih osoba kod pretvorbe na temelju ZPDP-a. U razdoblju od 1991. godine, kada je započela pretvorba društvenih poduzeća temeljem ZPDP-a, pa do stupanja na snagu ZP-a 1996. godine, nije postojao propis koji bi regulirao postupanje i stjecanje prava vlasništva na stvarima koje nisu procijenjene kod pretvorbe društvenih poduzeća. U tom razdoblju pravni sljednici bivših društvenih poduzeća nastalih pretvorbom u velikoj mjeri izvršili su preuzimanje neprocijenjenih pokretnina i nekretnina njihovih prednika pozivajući se na činjenicu sveopćeg pravnog sljedništva temeljem provedene pretvorbe. To se posebno odnosilo na uknjižbu neprocijenjenih nekretnina u zemljišne knjige, jer zemljišnoknjižni sudovi nisu provjeravali je li nekretnina uopće procijenjena kod pretvorbe, već su se zadovoljavali činjenicom provedene pretvorbe i

- 1 Narodne novine, broj 56/90., 135/97., 8/98. – pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. – pročišćeni tekst, 41/01. – pročišćeni tekst i 55/01. – ispravak, 76/10. i 85/10. – dalje Ustav RH.
- 2 Narodne novine, broj 91/96., 68/98., 137/99., 22/00, 73/00., 129/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09. i 143/12. – dalje ZVDSP.
- 3 Osnovni pretvorbeni zakon koji je regulirao pretvorbu društvenih poduzeća je Zakon o pretvorbi društvenih poduzeća (Narodne novine, broj 19/91., 83/92., 84/92., 94/93., 2/94., 9/95., 21/96. i 118/99. – dalje ZPDP) na koji se nadovezuje Zakon o privatizaciji (Narodne novine, broj 21/96., 71/97., 16/98. i 73/00. – dalje ZP).
- 4 V. primjerice Uredbu o preuzimanju sredstava JNA i SSNO na teritoriju Republike Hrvatske (dalje RH) u vlasništvo RH (Narodne novine, broj 52/91., dalje Uredba o preuzimanju sredstava JNA i SSNO), Uredbu o zabrani raspolaganja i preuzimanju sredstava određenih pravnih osoba na teritoriju RH (Narodne novine, broj 40/92., dalje Uredba o preuzimanju sredstava određenih pravnih osoba), Zakon o zdravstvenoj zaštiti (Narodne novine, broj 75/93., 55/96., 1/97. – pročišćeni tekst, 11/97., 95/00. i 129/00. dalje ZZZ/93.), Zakon o ustanovama (Narodne novine, 76/93., 29/97. i 47/97. – dalje ZU/93), itd.
- 5 Takav način pretvorbe društvenog vlasništva u pravilu se odnosio na pretvorbu određenih vrsta nekretnina. V. primjerice Zakon o šumama (Narodne novine, broj 54/83., 32/87., 47/85., 41/90., 52/90. – pročišćeni tekst, 5/91., 9/91., 61/91., 26/93., 76/93., 29/94., 76/99., 8/00. i 13/02. – dalje ZŠ/90) i Zakon o poljoprivrednom zemljištu (Narodne novine, broj 34/91., 26/93. i 79/93. – dalje ZPZ/91).
- 6 ZVDSP je stupio na snagu 1. siječnja 1997. godine (čl. 396. ZVDSP).
- 7 U čl. 390. st. 1. ZVDSP-a propisane su iznimke od primjene odredbi ZVDSP-a o pretvorbi prava upravljanja, korištenja i raspolaganja.

upisom novoga trgovačkog društva u sudski registar.

Nakon stupanja na snagu ZP-a pretvorbu na tim stvarima propisivao je čl. 47. ZP-a⁸, ali je i ta odredba izazvala dvojbe u svezi s ispunjenim pretpostavkama za prijenos neprocijenjene imovine na HFP kao i u odnosu na vrstu postupka koji je potrebno provesti. ZP je u čl. 42. propisao mogućnost dobivanja potvrde HFP-a o nekretninama koje su procijenjene kod pretvorbe, pa su zemljišnoknjižni sudovi takvim potvrdama mogli utvrditi radi li se o procijenjenim ili neprocijenjenim nekretninama. Razdoblje primjene čl. 47. ZP-a i svih dvojbi u svezi s tom primjenom, trajalo je do 2010. godine kada je Zakonom o turističkom i ostalom građevinskom zemljištu neprocijenjenom u postupku pretvorbe i privatizacije⁹ provedena pretvorba turističkog zemljišta i ostalog građevinskog zemljišta koje nije procijenjeno u vrijednosti društvenoga kapitala društvenog poduzeća u postupku pretvorbe, odnosno kada je Zakonom o upravljanju državnom imovinom¹⁰ provedena pretvorba preostale neprocijenjene imovine prilikom pretvorbi i postupku privatizacije prema ZP-u i kojim je prestao važiti ZP.

Stupanjem na snagu Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske¹¹ prestao je važiti ZUDI. Taj je zakon preuzeo odredbe ZUDI-ja u svezi s neprocijenjenom imovinom u postupku pretvorbe i privatizacije stoga, iako je proteklo više od 23 godine od donošenja Ustava RH, te 22 godine od donošenja ZPDP-a, proces pretvorbe društvenog vlasništva na stvarima koje nisu bile procijenjene u masi društvenoga kapitala kod pretvorbe društvenih poduzeća traje sve do danas. Predmet razmatranja u ovome radu bit će prvenstveno zakonodavni okvir koji je do danas regulirao problematiku postupanja sa stvarima koje zbog raznih razloga nisu bile procijenjene kod pretvorbe društvenih poduzeća, uz navođenje svih dvojbi koje su se pojavile u tumačenju i primjeni tih zakona. U radu će se navesti i sudska praksa u svezi s primjenom čl. 47. ZP-a, kao i općenito u svezi s uknjižbom prava vlasništva na nekretninama koje nisu procijenjene kod pretvorbe. Osnovni je cilj i svrha rada dati cjeloviti prikaz postupanja sa stvarima koje nisu procijenjene kod pretvorbe društvenih poduzeća te otklanjanje bilo kakvih preostalih dvojbi kod tog postupanja.

2. OPĆENITO O PRETVORBI DRUŠTVENOG VLASNIŠTVA NA STVARIMA

ZVDSP u općim odredbama propisuje dva osnovna načela u svezi s pretvorbom prava, upravljanja, korištenja i raspolaganja stvarima u društvenom vlasništvu, odnosno u svezi s pretvorbom prava korištenja neizgrađenoga građevinskog zemljišta. Prvo načelo daje jednaka prava nasljednicima ili pravnim sljednicima osoba koje su bile izvorni nositelji navedenih prava kao i za same nositelje tih prava.¹² Drugo načelo

8 Neprocijenjene stvari kod pretvorbe prema toj odredbi ZP-a prenose se na Hrvatski fond za privatizaciju (dalje HFP) uz uvjet da ne postoje razlozi za obnovu postupka pretvorbe i da takav prijenos ne utječe na postojeću tehnološku cjelinu.

9 Narodne novine, broj 92/10. – dalje ZTOGZ.

10 Narodne novine, broj 145/10. i 70/12. – dalje ZUDI.

11 Narodne novine, broj 94/13. – dalje ZURIVRH.

12 V. čl. 359. st. 1. ZVDSP-a.

odnosi se na davanje prioriteta propisima o denacionalizaciji¹³ u odnosu na odredbe ZVDSP-a o pretvorbi društvenog vlasništva. To znači da nitko ne može steći pravo vlasništva ili neko drugo pravo po odredbama ZVDSP-a o pretvorbi prava upravljanja, korištenja i raspolaganja stvarima u društvenom vlasništvu ili o pretvorbi prava korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, ako je to u suprotnosti s odredbama Zakona o naknadi.

Izjednačavanjem prava izvornih nositelja prava na stvarima u društvenom vlasništvu i njihovih pravnih sljednika ili nasljednika zakonodavac je očigledno želio otkloniti bilo kakvu dvojbu u svezi s primjenom odredbi ZVDSP-a o pretvorbi društvenog vlasništva i na pravne sljednike nositelja prava na stvarima u društvenom vlasništvu. Stoga ako je prije stupanja na snagu ZVDSP-a došlo do prijenosa prava upravljanja, korištenja i raspolaganja na drugi pravni subjekt,¹⁴ ili je došlo do prijenosa prava korištenja ili prvenstvenog prava korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta,¹⁵ na pravne sljednike se u cijelosti primjenjuju odredbe ZVDSP-a o pretvorbi društvenog vlasništva.

Zakon o naknadi stupio je na snagu istog dana kada i ZVDSP, te je načelna odredba iz čl. 359. st. 2. ZVDSP-a o prioritetu primjene Zakona o naknadi time još značajnija. Naime, da nema te odredbe, postavilo bi se pitanje je li stupanjem na snagu ZVDSP izvršena pretvorba prava vlasništva na stvarima u društvenom vlasništvu te time onemogućen povrat u naravi te imovine sukladno Zakonu o naknadi. Takva je dvojba u cijelosti izbjegnuta odredbom čl. 359. st. 2. ZVDSP-a. Smatramo da bi i u slučaju izostanka davanja prioriteta u primjeni Zakona o naknadi pred odredbama ZVDSP-a o pretvorbi društvenog vlasništva, opet trebalo tumačiti da se oduzeta imovina temeljem propisa iz čl. 2. Zakona o naknadi, pod pretpostavkama iz tog zakona, može u naravi vratiti ovlaštenicima naknade bez obzira na pretvorbu prava vlasništva.¹⁶ U svakom slučaju nema mjesta primjeni odredbi ZVDSP-a o pretvorbi

13 Osnovni propis o denacionalizaciji je Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (Narodne novine, broj 92/96., 39/99., 92/99., 43/00., 131/00., 27/01., 65/01., 118/01., 80/02. i 81/02. – dalje Zakon o naknadi).

14 Ako se radi o pretvorbi sukladno ZPDP-u stvari moraju biti unesene u društveni kapital i procijenjene kod pretvorbe.

15 Prijenos prava korištenja ili prvenstvenog prava korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta bio je reguliran Zakonom o građevinskom zemljištu (Narodne novine, broj 54/80., 42/86., 41/88., 16/90., 53/90., 44/92. i 91/96. – dalje ZGZ). U čl. 31. i 32. ZGZ-a određeno je koja prava zadržava prijašnji vlasnik neizgrađenog građevinskog zemljišta koje je prešlo u društveno vlasništvo (pravo korištenja i prvenstveno pravo korištenja), a u čl. 35. određen je krug osoba na koje se mogu ta prava prenijeti.

16 To proizlazi iz odredbe čl. 5. Zakona o naknadi kojom se taj zakon primjenjuje i na imovinu koju su općine, gradovi ili županije preuzele na temelju Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi (Narodne novine, broj 90/92., 94/93. i 117/93. – dalje ZLSU/92), a prenesena je u društveno vlasništvo na temelju propisa iz čl. 2., te akata i načina propisanih čl. 3. Zakona o naknadi. Naime, ZLSU/92 je u čl. 87. st. 1. propisao da pravni sljednici bivših jedinica lokalne samouprave (dalje JLS) preuzimaju nekretnine, pokretnine, financijska sredstva te prava i obveze dosadašnjih općina, a u st. 2. da se pravni sljednici mogu sporazumjeti o podjeli, ili će u protivnom odluku donijeti arbitraža koju imenuje Vlada RH. U teoriji i praksi kontinuirano se postavlja pitanje je li pretvorba imovine JLS-a izvršena temeljem ZLSU/92 ili tek stupanjem na snagu ZVDSP-a. Ako bi se prihvatilo da je čl. 87. ZLSU/92 imovina bivših općina preuzeta u

društvenog vlasništva ako bi to bilo u suprotnosti s pravima koja na bivšim društvenim stvarima pripadaju drugim osobama na temelju Zakona o naknadi.

3. PRETPOSTAVKE ZA PRETVORBU PRAVA UPRAVLJANJA, KORIŠTENJA I RASPOLAGANJA

Iz odredbi ZVDSP-a proizlaze tri osnovne pretpostavke za pretvorbu društvenog vlasništva na stvarima. Prva je pretpostavka da je stvar sposobna biti predmetom prava vlasništva.¹⁷ Druga je pretpostavka da je pravo upravljanja, korištenja i raspolaganja na stvari stečeno na valjan način prema propisima u trenutku tog stjecanja,¹⁸ dok je treća pretpostavka da pretvorba nije uređena posebnim zakonom drukčije.¹⁹

3.1. Sposobnost stvari biti predmetom prava vlasništva

Osnovno je načelo da sve stvari mogu biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava, a samo iznimno to ne mogu biti one stvari kojima njihove naravne značajke ili zakonske odredbe priječe da pripadaju pojedincu. ZVDSP u čl. 3. st. 2. određuje koje stvari, odnosno dijelovi prirode, nisu sposobni biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava, i koji zbog svojih značajki ne mogu biti u vlasti niti jedne fizičke ili pravne osobe pojedinačno, već su na uporabi svih.²⁰ Stvari koje ne mogu biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava su opća dobra, a stjecanje pravnog statusa općeg dobra neke stvari ili dijelova prirode moguće je na dva načina.

Prvi je način temeljem naravnih osobina, jer određena stvar nije prikladna biti predmetom stvarnih prava te kao cjelina ne može biti podvrgnuta privatnoj vlasti jednog subjekta, ali može svakome služiti za njegove potrebe, odnosno svima za opće potrebe.²¹ Potpuno je nesporno i jasno u odnosu na zrak i vodu u jezerima, rijekama i moru da ne mogu biti kao cjelina u vlasti niti jedne osobe pojedinačno, već mogu biti na uporabi svih. Drugi je način da određene stvari ne mogu biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava ako je to propisano zakonom. U pravnom sustavu RH takav način stjecanja pravnog statusa općeg dobra propisan je za dijelove pomorskog dobra koji se sastoje od nekretnina.²²

vlasništvo novoosnovanih JLS-a i županija, tada bi temeljem ZLSU/92 bila izvršena pretvorba društvenog vlasništva. Zakon o naknadi stoga daje prioritet u povratu imovine bivšim vlasnicima i u odnosu na eventualno stečeno pravo vlasništva JLS-a temeljem posebnog zakona. Isto se odnosi na poljoprivredno i šumsko zemljište što proizlazi iz odredbe čl. 20. Zakona o naknadi, budući da su te nekretnine u društvenom vlasništvu temeljem ZPZ/91 i ZŠ/90 postale vlasništvo RH.

17 V. čl. 360. st. 1. i 2. ZVDSP-a.

18 V. čl. 363. st. 2. i čl. 388. st. 2. ZVDSP-a

19 V. *supra* bilj. 17.

20 To su atmosferski zrak, voda u rijekama, jezerima i moru te morska obala.

21 V. Gavella, N. *et al.*; *Stvarno pravo*, Svezak 1., II. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 136.

22 V. čl. 3. st. 2. Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama (Narodne novine, broj 158/03., 100/04., 141/06., 38/09. i 123/11. – dalje ZPDML).

Stoga premetom stvarnih prava, pa tako i prava vlasništva može biti svaka pokretna ili nepokretna stvar, osim onih koje za to nisu sposobne zbog svojih naravnih obilježja ili to priječe zakonske odredbe, i u tom se slučaju radi o općim dobrima. U pravnom sustavu RH u pravni status općeg dobra su temeljem svojih naravnih obilježja stavljeni: atmosferski zrak, voda u rijekama, jezerima i moru, morska obala,²³ dok je temeljem zakona u pravni status općeg dobra općenito stavljeno pomorsko dobro.²⁴ Za pretvorbu društvenog vlasništva posebno su značajne nekretnine koje čine pomorsko dobro i koje su vrlo često bile procjenjivane u masi društvenoga kapitala kod pretvorbe društvenih poduzeća.²⁵ U svakom slučaju stvari koje su opća dobra, a u pravnom sustavu RH to su nekretnine koje su dio pomorskog dobra, nisu sposobne biti objektom prava vlasništva, pa zbog toga ne mogu biti niti predmetom pretvorbe sukladno odredbama ZVDSP-a.

3.2. Valjano stečeno pravo upravljanja, korištenja i raspolaganja

Daljnja pretpostavka za primjenu odredbi ZVDSP-a o pretvorbi društvenog vlasništva na stvarima odnosi se na valjano stjecanje prava upravljanja, odnosno korištenja i raspolaganja, a sve prema propisima i pretpostavkama koje su vrijedile u trenutku stjecanja. Da bi došlo do pretvorbe *ex lege* sukladno ZVDSP-u nositelj prava upravljanja, odnosno korištenja i raspolaganja na stvarima u društvenom vlasništvu, odnosno prava korištenja ili prvenstvenog prava korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta, trebao je imati valjanu pravnu osnovu i način stjecanja tih prava koja su postojala i u trenutku stupanja na snagu ZVDSP-a.²⁶ Ako se radilo o nekretnini u društvenom vlasništvu, te je u zemljišnim knjigama bilo upisano pravo upravljanja, odnosno korištenja i raspolaganja, ili pravo korištenja, odnosno prvenstveno pravo korištenja, tada je za nositelja tih prava vrijedila oboriva presumpcija o pretvorbi prava vlasništva.²⁷

Stoga je znatno lakša pretvorba prava upravljanja, odnosno korištenja ili raspolaganja na nekretninama u korist upisanog nositelja tih prava, s obzirom na presumpciju vlasništva. Međutim, i takav upisani nositelj prava upravljanja, odnosno korištenja ili raspolaganja bio je izložen da netko dokazuje suprotno, odnosno da dokazuje kako je on valjano stekao pravo upravljanja, odnosno korištenja ili raspolaganja, a temeljem odredbi ZVDSP-a o pretvorbi da je stekao pravo vlasništva takve nekretnine.²⁸ Ako se radilo o nekretnini koja nije bila upisana u zemljišnim knjigama ili o pokretninama, tada je nositelj prava upravljanja, odnosno korištenja ili raspolaganja morao dokazati valjanu pravnu osnovu i način stjecanja takve stvari u društvenom vlasništvu.

23 V. čl. 3. st. 2. ZVDSP-a.

24 V. čl. 3. st. 2. i 3. ZPDM-a.

25 O tome v. Jug, J.; Stvarna prava na pomorskom dobru?, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1., 2013., str. 272 – 307.

26 V. čl. 363. st. 2. ZVDSP-a. Prava na stvarima u društvenom vlasništvu stjecala su se temeljem zakona, pravnih poslova i odluka nadležnih tijela. Osim valjane pravne osnove bio je potreban i valjan način stjecanja.

27 V. čl. 361. st. 1. i 2. ZVDSP-a.

28 V. čl. 362. st. 2. i st. 3. ZVDSP-a.

3.3. Pretvorba društvenoga vlasništva temeljem posebnih zakona

ZVDSP sam isključuje primjenu odredbi o pretvorbi društvenog vlasništva ako je pretvorba prava upravljanja, korištenja i raspolaganja na stvari u društvenom vlasništvu propisana posebnim zakonom.²⁹ Već je u uvodu navedeno da je pretvorba društvenog vlasništva posebnim propisima vršena na tri osnovna načina. U prvom slučaju odredbama posebnih zakona bilo je određeno da određene stvari (u pravilu nekretnine) u društvenom vlasništvu postaju vlasništvo određene pravne osobe, i to najčešće Republika Hrvatska. U drugom slučaju posebnim propisom bila je određena pretvorba društvenih sredstava (imovine), dok se je u trećem slučaju, analogno kao kod ZPDP-a, posebnim zakonom vršila pretvorba cijele pravne osobe, a što je u sebi uključivalo i pretvorbu cjelokupne imovine te pravne osobe. Vrlo često se u tim posebnim zakonima samo jednom odredbom vršila pretvorba društvenog vlasništva i što je bilo nedostavno da se sa sigurnošću odredi vrsta nekretnina i pokretnina koja podliježe takvoj pretvorbi, a stvaralo je i veliki problem kod uknjižbe prava vlasništva na nekretninama. Može se zaključiti da je do stupanja na snagu ZVDSP-a nizom propisa došlo do pretvorbe društvenih sredstava i društvenopravnih osoba, a dijelom i nakon njegova stupanja na snagu, i to posebice u odnosu na iznimke iz čl. 390. st. 1. ZVDSP-a. U nastavku se navode samo najvažniji posebni propisi o pretvorbi društvenog vlasništva.

3.3.1. Izravna pretvorba društvenog vlasništva na stvarima

Pretvorba šuma i šumskog zemljišta provedena je temeljem ZŠ/90, a pretvorba poljoprivrednog zemljišta u društvenom vlasništvu ZPZ/91. Republika Hrvatska je temeljem zakona postala vlasnik te vrste nekretnina čime je izvršena pretvorba društvenog vlasništva. Pretvorba društvenog vlasništva na nekretninama i pokretninama izvršena je i temeljem Zakona o udrugama,³⁰ Zakona o pretvorbi prava na društvenim sredstvima bivših društvenopolitičkih organizacija,³¹ Zakona o zaštiti prirode³² kao i drugim posebnim zakonima.

3.3.1.1. Šume i šumsko zemljište

Člankom 16. st. 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o šumama,³³ koji je stupio na snagu 16. listopada 1990. godine, propisano je da šume i šumska zemljišta na području Republike Hrvatske, osim šuma i šumskih zemljišta u privatnom vlasništvu su u državnom vlasništvu. Time je izvršena pretvorba društvenog vlasništva na šumama i šumskom zemljištu koje je do tada bilo u društvenom vlasništvu. Odmah se nametnulo pitanje definiranja nekretnina koje se mogu smatrati šumom ili šumskim

29 Opće isključenje od primjene glave ZVDSP-a o pretvorbi društvenog vlasništva odnosi se na pretvorbu uređenu posebnim propisima, a ne samo zakonom.

30 Narodne novine, broj 70/97. i 106/97.

31 Narodne novine, broj 70/97. – dalje Zakon o pretvorbi DPO.

32 Narodne novine, broj 30/94. – dalje ZZP/94.

33 Narodne novine, broj 41/90. – dalje ZID ZŠ/90.

zemljištem. Člankom 4. st. 2. ZŠ/90 definirano je što se smatra šumom,³⁴ a čl. 4. st. 3. ZŠ/90 definirano je šumsko zemljište.³⁵ Stavak 4. navedenoga članka odredio je da u slučaju sumnje je li neko zemljište šuma ili šumsko zemljište odluku o tome donosi ministar nadležan za poslove šumarstva.

Šuma je stoga određena prema kulturi i potpuno je nebitno nalazi li se unutar zone građevinskog zemljišta ili izvan te zone.³⁶ Veći je problem s određivanjem šumskog zemljišta koje je kao takvo postalo vlasništvo Republika Hrvatska 16. listopada 1990. godine. Međutim, s obzirom na to da je raniji Zakon o šumama prije stupanja na snagu ZŠ/90 propisivao da sve šume i šumska zemljišta se vode upisani u šumskogospodarskoj osnovi, a da je kriterij za utvrđenje šumskog zemljišta činjenica da se kao takvo vodilo upisano u šumskogospodarskoj osnovi kod nadležne uprave šuma, razgraničenje treba temeljiti na tomu je li se određena nekretnina vodila upisana u šumskogospodarskom području na 16. listopada 1990. godine.

Naravno da je u praksi postojao čitav niz problema utvrđenjem nekretnina koje su u naravi bile šume i šumsko zemljište, ali se to nije moglo utvrditi iz uvida u zemljišnu knjigu, odnosno takve se nekretnine nisu vodile u šumskogospodarskoj osnovi. Međutim, moramo utvrditi, za razliku od poljoprivrednog zemljišta, da je upravljanje i gospodarenje šumama i u doba društvenog vlasništva i nakon 1990. godine bilo znatno učinkovitije i o tome je ipak postojala bolja evidencija.

Uknjižba *ex lege* provedene pretvorbe šuma i šumskog zemljišta u društvenom vlasništvu najjednostavnije se vršila u korist RH ako se uz prijedlog za uknjižbu prilagala potvrda da se nekretnina nalazi u šumskogospodarskoj osnovi, a koju su izdavale Hrvatske šume i ako se nekretnina vodila upisana u zemljišnoj knjizi kao društveno vlasništvo.

3.3.1.2. Poljoprivredno zemljište

ZPZ/91 je u čl. 3. st. 1. propisao da na poljoprivrednom zemljištu u društvenom vlasništvu na području Republike Hrvatske nositelj vlasničkih prava postaje RH. Određenje poljoprivrednog zemljišta navedeno je u čl. 2. st. 1. i 2. ZPZ/91.³⁷ Razgraničenje poljoprivrednog zemljišta od građevinskog, moguće je prema čl. 3. ZGZ-a, gdje je definirano građevinsko zemljište kao ono koje se nalazi u gradovima i naseljima gradskoga karaktera, kao i ono koje je izgrađeno ili je prostornim planom određeno za izgradnju građevinskih objekata ili za javne površine. Iz navedene odredbe

34 Šumom se smatra zemljište obraslo šumskim drvećem u obliku sastojine na površini od 10 ari, ali se šumom ne smatraju odvojene skupine šumskog drveća do 10 ari, šumski rasadnici, vjetrobrani, pojasevi, drvoredi ni parkovi u naseljenim mjestima.

35 Šumsko zemljište je ono na kojem se uzgaja šuma ili je zbog svojih prirodnih osobina i uvjeta gospodarenja predviđeno kao najpovoljnije za uzgajanje šuma.

36 Takvo je pravno stajalište zauzeo Vrhovni sud RH (dalje VSRH) u svojoj odluci Rev-450/11 od 11. siječnja 2012. godine.

37 To su oranice, vrtovi, voćnjaci, vinogradi, livade, pašnjaci, ribnjaci, trstici i močvare koje nisu posebno vrijedni biotopi, kao i drugo zemljište koje se koristi ili ne koristi, a može se privesti poljoprivrednoj proizvodnji. Poljoprivrednim zemljištem u smislu ZPZ/91. godine smatra se i neizgrađeno građevinsko zemljište, osim uređenog građevinskog zemljišta, užih dijelova starih gradskih jezgri koje će utvrditi županijska, odnosno gradska skupština.

ZGZ-a proizlazi da zemljište obuhvaćeno prostornim planom za izgradnju gradova i naselja, koje se nalazi unutar granica građevinskog područja više nije poljoprivredno, već građevinsko zemljište.

Da bi se izvršila uknjižba na Republike Hrvatske potrebno je dokazati da se radilo o zemljištu u društvenom vlasništvu i da je isto na dan stupanja na snagu ZPZ/91 bilo izvan zone građevinskog zemljišta. Ova druga pretpostavka dokazuje se potvrdom nadležnog upravnog tijela o vrsti zemljišta na dan 24. srpnja 1991. godine. U praksi su u svezi s uknjižbom i pretvorbom takvih nekretnina bili mnogobrojni problemi. Jedan od osnovnih bio je taj što dio nekretnina bivših poljoprivrednih kombinata se i dalje vodio kao vlasništvo fizičkih osoba.³⁸ Stoga se često dokazivanje izvršene pretvorbe i uknjižba prava vlasništva na RH, mogla izvršiti tek nakon vođenja parničnih postupaka.

3.3.1.3. Nekretnine sportskih objekata

Pretvorba društvenog vlasništva na sportskim objektima i drugim nekretninama u društvenom vlasništvu na kojima su pravo korištenja imale sportske organizacije i udruge ili druge pravne osobe (poduzeća, ustanove, radne organizacije) osnovane radi upravljanja sportskim objektima, izvršena je čl. 88. i čl. 88.a. do 88.i Zakona o športu.³⁹ Osnovnom odredbom iz čl. 88. st. 1. ZŠ/92 navedene nekretnine postaju vlasništvo gradova i općina na čijem se teritoriju nalaze, a samo iznimno je županija mogla postati vlasnik te posebne vrste nekretnina pod pretpostavkama iz čl. 88.b i 88.c. ZŠ/92. Odredbom čl. 88.d. ZŠ/92 sportski objekti i druge nekretnine u društvenom vlasništvu na kojima pravo korištenja imaju nacionalni sportski savezi ili Hrvatski olimpijski odbor prelaze u vlasništvo tih nacionalnih sportskih saveza ili Hrvatskoga olimpijskog odbora. Sportski objekti i druge nekretnine za koje općine, gradovi ili županije ne donesu odluke o preuzimanju u vlasništvo u rokovima i na način određen u čl. 88., 88a., 88b. i 88c. ZŠ/92, prelaze u vlasništvo športske organizacije ili udruge koja je imala pravo korištenja tih objekata i nekretnina ili je njezin pravni sljednik.

3.3.1.4. Nekretnine i pokretnine društvenih organizacija

Zakon o udrugama iz 1997. godine odredio je u čl. 38. st. 1. da RH postaje vlasnikom nekretnina koje su do stupanja na snagu tog Zakona bile u društvenom vlasništvu, a društvene organizacije su imale pravo raspolaganja ili pravo korištenja, ako njime nije drugačije određeno. Stavak 5. i 6. navedenoga članka Zakona o

38 To se uglavnom odnosilo na slučajeve zamjene nekretnina koje su izvršili bivši PIK-ovi i fizičke osobe nakon čega nije uslijedila uknjižba takve zamjene.

39 Narodne novine, broj 60/92., 69/92., 25/93., 11/94. i 77/95. - dalje ZŠ/92. Pretvorba društvenog vlasništva na sportskim objektima prvotno je bila određena u čl. 88. ZŠ/92 pri stupanju na snagu tog zakona, ali je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o športu (Narodne novine, broj 11/94.) propisano da su bez pravnog učinka odluke o preuzimanju u vlasništvo sportskih objekata JLS-a. Nakon toga je pretvorba sportskih objekata u cijelosti izvršena stupanjem na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o športu (Narodne novine, broj 77/95.).

udrugama, sindikati registrirani prema Zakonu o radu mogli su u roku od 180 dana postići dogovor o podjeli zajedničke imovine, a u protivnom i te nekretnine u roku 6 mjeseci postaju vlasništvo RH. S obzirom na to da dogovor između sindikata nije postignut u određenom roku, i sindikalne nekretnine su na taj način pretvorene i postale su vlasništvo RH. Pokretnine na kojima su pravo raspolaganja ili pravo korištenja imale bivše društvene organizacije, na dan stupanja na snagu Zakona postaju pokretnine u vlasništvu udruge koja je pravni sljednik one bivše društvene organizacije koja je na određenim pokretninama imala pravo raspolaganja ili pravo korištenja.⁴⁰

Nakon stupanja na snagu Zakona o udrugama iz 2001. godine,⁴¹ odredbom čl. 43. st. 1. Zakona određeno je da se imovina društvenih organizacija iz Zakona o udrugama iz 1997. godine vraća u vlasništvo pravnim sljednicima tih društvenih organizacija, osim sindikalne imovine. Pretvorba društvenog vlasništva na stvarima bivših društvenih organizacija izvršena je nakon stupanja na snagu ZVDSP-a, u skladu s iznimkom od pretvorbe prava upravljanja, korištenja i raspolaganja iz čl. 390. ZVDSP-a.

3.3.1.5. Nekretnine i pokretnine bivših društvenopolitičkih organizacija

Temeljem čl. 2. Zakona o pretvorbi DPO, RH je postala vlasnik nekretnina koje su bile u društvenom vlasništvu, a na kojima su pravo raspolaganja, upravljanja i korištenja imale bivše društvenopolitičke organizacije. Temeljem čl. 3. Zakona o pretvorbi DPO-a, Vlada RH mogla je prenijeti vlasništvo stečenih nekretnina u vlasništvo političkih stranaka prema mjerilima koje utvrdi Hrvatski sabor. U praksi je temeljni problem predstavljalo utvrđenje takvih nekretnina ako iz zemljišne knjige nije sa sigurnošću proizlazilo pravo upravljanja, raspolaganja i korištenja bivših društvenopolitičkih organizacija.

Pokretnine u društvenom vlasništvu na kojima su pravo upravljanja, korištenja ili raspolaganja imale bivše DPO iz čl. 1. toga Zakona postaju vlasništvo političke stranke ili druge osobe koja je pravo upravljanja, korištenja ili raspolaganja na tim pokretninama stekla prije prestanka društveno-političkih organizacija, dok pokretnine za koje se na navedeni način ne utvrdi pravo vlasništva političke stranke, postaju vlasništvo Republike Hrvatske.⁴² Pretvorba stvari bivših DPO-a također je izvršena nakon stupanja na snagu ZVDSP-a, a u skladu s iznimkom od pretvorbe koju propisuje sam ZVDSP.

3.3.1.6. Zemljišta unutar zaštićenih dijelova prirode

Republika Hrvatska je temeljem čl. 40. st. 1. ZZP/94 stekla njegovim stupanjem na snagu vlasništvo zemljišta unutar granica nacionalnih parkova i parkova prirode, na kojima su pravo korištenja i raspolaganja imale društvenopravne osobe, ako zakonom nije drugačije određeno. Iz takve odredbe Zakona proizlazi da su zemljišta

40 V. čl. 38. st. 11. Zakona o udrugama iz 1997. godine.

41 Narodne novine, broj 81/01. i 11/02.

42 V. čl. 7. st. 1. i 2. Zakona o pretvorbi DPO.

u društvenom vlasništvu unutar nacionalnih parkova i parkova prirode *ex lege* postala vlasništvo RH, ako posebnim propisima već ranije nisu postala vlasništvo RH, kao što su ZPZ/91. ili ZŠ/90.

Očigledno se tim Zakonom htjelo što veći broj zemljišta u dijelovima prirode pod najvišom zaštitom staviti u vlasništvo RH kako bi ta zaštita bila što učinkovitija, a s tim je izvršena i njihova pretvorba prije stupanja na snagu ZVDSP-a. U praksi se pojavilo pitanje odnosi li se odredba čl. 40. st. 1. ZZP-a i na izgrađeno zemljište i građevine, a ne samo na zemljište. Smatramo da je odredba čl. 40. st. 1. ZPZ/94 jasna i da se može odnositi samo na neizgrađeno zemljište.

JLS je također postala vlasnikom nekretnina temeljem manjeg broja posebnih propisa, a što je u zanemarivom broju u odnosu na opći način stjecanja prava vlasništva na nekretninama JLS-a. Tako su, primjerice temeljem čl. 40. ZPZ/94, posebni rezervati, park šume, zaštićeni krajolici, spomenici prirode, spomenici parkovne arhitekture⁴³ postali *ex lege* vlasništvo županija ili Grada Zagreba.

3.3.2. Pretvorba društvenog vlasništva temeljem pretvorbe sredstava (imovine) društvene pravne osobe

Drugi način pretvorbe društvenog vlasništva na stvarima izvršen je posebnim propisima koji su predviđali pretvorbu cjelokupnih sredstava određene pravne osobe. Kod toga je vrlo često bio slučaj da su odredbe tih propisa bile nedorečene, te se postavljalo pitanje može li se uzeti da je njima izvršena pretvorba društvenog vlasništva na stvarima.⁴⁴

3.3.2.1. Imovina zadruga

Zakon o zadrugama iz 1990. godine⁴⁵ izvršio je pretvorbu društvenog vlasništva na dijelu društvene imovine zadruga. U čl. 36. st. 2. ZZ/90 određeno je da imovina zadruge koja je nastala radom i poslovanjem zadruge nakon 1. srpnja 1953. godine postaje zadružno vlasništvo. Stoga je ZZ/90 izvršio djelomičnu pretvorbu društvene imovine zadruga, i to samo one koja je nastala radom i poslovanjem, dok je sva preostala imovina ostala u društvenom vlasništvu.⁴⁶ Donošenjem Zakona o zadrugama iz 1995. godine⁴⁷ imovina nad kojom je izvršena pretvorba društvenog vlasništva u zadružno, temeljem čl. 19. ZZ/95 postala je zajedničko vlasništvo zadrugara. Preostala imovina koja je ostala u društvenom vlasništvu također postaje zajedničko vlasništvo zadrugara pretvorbom vlasništva u skladu sa ZZ/95, pod pretpostavkom da se ne radi

43 V. čl. 3. st. 1. al. 3.-8. ZPZ/94.

44 Tako se u nekim zakonima govori o „preuzimanju službenika i sredstava“, u nekima se koristi termin „preuzima se“, a bez navođenja u status prava vlasništva. Stoga je svaki propis trebalo tumačiti u skladu s ciljem i svrhom samog propisa te činjenice pretvorbe društvenog vlasništva.

45 Službeni list SFRJ, broj 3/90., a koji je preuzet Zakonom o preuzimanju saveznih zakona iz područja organizacije i poslovanja gospodarskih subjekata koji se u RH primjenjuju kao republički propisi (Narodne novine, broj 53/91.) – dalje ZZ/90.

46 Ta druga imovina odnosila se prvenstveno na nekretnine koje su zadrugama besplatno prenijele općine ili drugi društvenopravni subjekti.

47 Narodne novine, broj 36/95. – dalje ZZ/95.

o poljoprivrednom zemljištu koje je već temeljem ZPZ/91 postalo vlasništvo RH, odnosno nad kojim je već ranije posebnim zakonima provedena pretvorba društvenog vlasništva.

3.3.2.2. Sredstva JNA i SSNO na području Republike Hrvatske

Uredbom o preuzimanju sredstava JNA i Saveznog sekretarijata za narodnu obranu (SSNO), RH je postala vlasnik društvenih sredstava na njezinom teritoriju, kojima je kao sredstvima Federacije upravljala i raspolagala bivša JNA i SSNO. Stupanjem na snagu te Uredbe, RH je između ostalog postala vlasnikom nekretnina kojim je raspolagala JNA i SSNO, a radilo se o velikim kompleksima vojarni, vojnih objekata i kompleksa zemljišta od kojih su se neki nalazili na vrlo atraktivnim lokacijama u velikim gradovima. Tom je uredbom ujedno izvršena pretvorba društvenog vlasništva stvari u društvenom vlasništvu kojima je na području Republike Hrvatske upravljala i raspolagala JNA i SSNO.

Uknjižba prava vlasništva nekretnina na Republiku Hrvatsku vršila se bez većih problema ako je u zemljišnoj knjizi bilo upisano društveno vlasništvo s pravom korištenja JNA ili SSNO. U protivnom je trebalo prije uknjižbe pokrenuti parnične postupke ili eventualno pribaviti tabularne isprave koje bi bile podobne za uknjižbu prava vlasništva RH na ovakvim nekretninama od osoba koje su se formalno vodile upisane u zemljišnim knjigama.

3.3.2.3. Sredstva određenih pravnih osoba na teritoriju Republike Hrvatske

Članak 3. Uredbe o preuzimanju sredstava određenih pravnih osoba Republika Hrvatska je postala vlasnik sredstava (uključujući nekretnine i pokretnine) poslovnih jedinica i drugih organizacijskih oblika pravnih osoba sa sjedištem na teritoriju bivših Republika Srbije i Crne Gore te autonomnih pokrajina Kosova i Vojvodine, a koja se do dana stupanja na snagu ove Uredbe nisu organizirale temeljem Uredbe o zabrani raspolaganja i prijenosu sredstava određenih pravnih osoba na području Republike Hrvatske.⁴⁸ Također se radilo o velikom broju nekretnina koje su se nalazile jednim dijelom na vrlo atraktivnim lokacijama u gradovima, a to u turističkim mjestima uz obalu.⁴⁹

48 Narodne novine, broj 39/91., 44/91., 52/91. i 5/92.

49 Te nekretnine, ako ih RH nije u međuvremenu otuđila, danas su većinom predmet zahtjeva i tužbi za povrat temeljem Aneksa G Ugovora o pitanjima sukcesije (Narodne novine, broj 2/04. – Međunarodni ugovori). Osnovno pitanje je mogu li se nekretnine izravno vratiti (ili platiti novčana naknada u slučaju otuđenja) temeljem odredbi tog međunarodnog Ugovora ili je on samo osnova za donošenje bilateralnih sporazuma koji bi regulirali ukupne imovinsko-pravne odnose između država bivše SFRJ. Priklanjamo se ovom drugom rješenju s obzirom na odredbe članka 1-8 Aneksa G citiranog Ugovora.

3.3.2.4. Sredstva zdravstvenih ustanova

Temeljem čl. 180. st. 2. ZZZ/93 društvena sredstva na kojima su pravo raspolaganja imale zdravstvene ustanove postaju sredstva zdravstvene ustanove, a vlasnik zdravstvene ustanove postaje RH. Nakon donošenja ovog Zakona u praksi se vrlo često pogrešno tumačilo da je pretvorba sredstava zdravstvenih ustanova izvršena tako da je vlasnik istih postala Republika Hrvatska, a što je pogrešno tumačenje jer je stupanjem na snagu navedenoga Zakona postala vlasnik zdravstvenih ustanova, što ispravno znači njihov osnivač. Stoga se ne može tumačiti da zdravstvene ustanove kao samostalne pravne osobe nisu postale vlasnikom sredstava koje koriste, uključujući pokretnine i nekretnine.⁵⁰

3.3.2.5. Sredstva društvenopravnih osoba koje postaju javne ustanove

Temeljem čl. 78. st. 1. ZU/93 sve društvenopravne osobe koje ispunjavaju uvjete iz čl. 1. st. 2. Zakona postaju javne ustanove čiji je osnivač Republika Hrvatska.⁵¹ Time je izvršena pretvorba i svih nekretnina i pokretnina tih društvenih pravnih osoba koje su obavljale djelatnosti iz čl. 1. st. 2. navedenog Zakona, a nisu se organizirale kao društvena poduzeća, zadruge i društvene organizacije. Iako ZU/93 izričito ne navodi da sredstva društvenopravnih osoba koje ispunjavaju uvjete iz čl. 1. st. 2. tog Zakona, postaju vlasništvo javnih ustanova, taj zaključak proizlazi iz općih odredbi o ustanovama u koje se upisuju u registar ustanova i mogu biti vlasnici pokretnih i nepokretnih stvari.⁵²

3.3.2.6. Ostali posebni propisi

Do sada su navedeni samo neki od bitnih propisa kojima je izvršena pretvorba društvenih sredstava društvenih pravnih osoba, a što je uključivalo pokretnine i nekretnine. Postoji čitav niz drugih zakona kojima je samo jednom rečenicom izvršen prijenos društvenih sredstava i što je u praksi izazvalo u nekim slučajevima opravdane dvojbe je li time izvršena pretvorba društvenog vlasništva, posebice u odnosu na nekretnine.

Tako je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o redovnim sudovima⁵³ u čl. 78. st. 1. određen prijenos nekretnina i sredstava općina, koje koriste općinski sudovi, kao i prava i obveza općinskih sudova na RH s 1. siječnja 1991. godine. Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o javnom tužilaštvu⁵⁴ u čl. 28. st. 1. na isti je način određeno da se na Republiku Hrvatsku prenose nekretnine i sredstava općina, koje koriste općinska javna tužilaštva, kao i prava i obveza općinskih javnih tužilaštva.

50 Tako i VSRH u odluci Rev-851/08 od 17. lipnja 2010.

51 Mora se raditi o pravnim osobama za trajno obavljanje djelatnosti odgoja i obrazovanja, znanosti, kulture, informiranja, sporta, tjelesne kulture, tehničke kulture, skrbi o djeci, zdravstvene i socijalne skrbi, skrbi o invalidima, ako se ne obavljaju radi stjecanja dobiti.

52 V. čl. 2. i 4. ZU/93

53 Narodne novine, broj 16/90.

54 Narodne novine, broj 16/90.

Za razliku od navedenih zakona, Zakonom o državnom pravobraniteljstvu⁵⁵ u čl. 91. određeno je da Republika Hrvatska stječe u vlasništvo imovinu dosadašnjih javnih pravobraniteljstava čija su sjedišta u sjedištu općina, županija i Grada Zagreba.

Postoji daljnja grupa zakona koji su također odredili da se imovina, pa tako i nekretnine i pokretnine, preuzima Republika Hrvatska, ali u kojima nije nedvojbeno jasno određeno da se to preuzimanje vrši u vlasništvo RH. Takva su rješenja u odnosu na nekretnine i pokretnine (prostorije i opremu) bivših ureda za obranu⁵⁶ koji su se nalazili u općinama, u odnosu na prostorije i opremu bivših općinskih uprava prihoda⁵⁷ te u odnosu na nekretnine, pokretne stvari i druga sredstva općinskih i gradskih sekretarijata za unutarnje poslove, koji su preneseni na korištenje bez naknade na Ministarstvo unutarnjih poslova s 1. siječnja 1990. godine.⁵⁸

ZLSU/92 u čl. 87. st. 1. odredio je da će općine, gradovi i županije utemeljene Zakonom o područjima županija, gradova i općina u RH,⁵⁹ preuzeti nekretnine, pokretnine, financijska sredstva te prava i obveze dosadašnjih općina čiji su sljednik u roku od šest mjeseci od dana konstituiranja predstavničkog tijela tih jedinica. Primarno se preuzimanje trebalo izvršiti sporazumno, a u protivnom odluku o diobi imovine donosila bi arbitraža koju je imenovala Vlada Republike Hrvatske.⁶⁰ ZLSU/92 također ne navodi da imovinu bivših općina preuzimaju u vlasništvo novoosnovane jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave.⁶¹

U svim tim slučajevima smatram da treba imati u vidu odredbe Ustava RH koje su odredile jednovrsnost prava vlasništva i ukinule društveno vlasništvo. Te se norme trebaju tumačiti u skladu s ciljem i svrhom, a koja je zasigurno u činjenici ukidanja društvenog vlasništva i vršenja pretvorbe u pravo vlasništva. Ukoliko se određenim posebnim propisima to ne bi moglo protumačiti, pretvorba sredstava i imovine tih pravnih osoba bila bi izvršena po općim odredbama ZVDSP-a.

3.3.3. Pretvorba društvenog vlasništva na stvarima pretvorbom pravne osobe

ZPDP koji je stupio na snagu 1. svibnja 1991. godine osnovni je pretvorbeni zakon koji uređuje materiju pretvorbe poduzeća s društvenim kapitalom u poduzeća u kojima je poznat vlasnik. Pretvorba prema ZPDP-u bit će posebno prikazana i analizirana u dijelu ovog rada u kojem će se iznijeti pretpostavke za vlasništvo trgovačkog društva kao pravnog sljednika društvenog poduzeća (čl. 390.a ZVDSP), a stoga će se iznijeti i primjena ZP-a, te ZTOGZ-a i ZUDI-ja.

55 Narodne novine, broj 75/95.

56 V. čl. 47. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o obrani (Narodne novine, broj 49/93.).

57 V. čl. 25. Zakona o poreznoj upravi (Narodne novine, broj 75/93. i 71/99.).

58 V. čl. 108. Zakona o unutarnjim poslovima (Narodne novine, broj 55/89., 16/90., 47/90., 19/91. i 29/91. – pročišćeni tekst).

59 Narodne novine, broj 90/92., 2/93., 58/93., 10/94. i 29/94.

60 V. čl. 87. st. 2. ZLSU/92.

61 VSRH je u odluci Rev- 19/08 zauzeo jasno pravno stajalište da Zakonom o poreznoj upravi iz 1993. godine i ZLSU/92 nije izvršena pretvorba društvenog vlasništva na imovini bivših općinskih uprava prihoda, odnosno na imovini bivših općina. Autor smatra da je takva odluka podložna kritici, jer ne tumači odredbe navedenih zakona u skladu s odredbom Ustava RH kojom je ukinuto društveno vlasništvo.

Pretvorba stvari u društvenom vlasništvu, osim u ZPDP-om, vršena je drugim posebnim zakonima pretvorbom društvenopravnih osoba koje su imale pravo upravljanja, korištenja i raspolaganja na takvim stvarima. Tako je izvršen postupak pretvorbe javnih poduzeća⁶², a samim time i nekretnina i pokretnina koje su bile na upravljanju, korištenju i raspolaganju njihovih prednika u doba društvenog vlasništva.

Pretvorba vlasništva na stvarima u društvenom vlasništvu vršena je i drugim pojedinačnim zakonima kojima je vršena pretvorba čitave pravne osobe, primjerice Zakonom o pretvorbi Zagrebačkog velesajma⁶³ i Zakonom o komunalnom gospodarstvu.⁶⁴ Međutim, kao što je navedeno, osnovni pretvorbeni zakon koji je regulirao pretvorbu cjelokupne pravne osobe, a time i pretvorbu stvari u društvenom vlasništvu na kojima su te pravne osobe imale pravo upravljanja, korištenja i raspolaganja je ZPDP.

4. PRETVORBA DRUŠTVENOG VLASNIŠTVA NA STVARIMA TEMELJEM ZPDP

Kao što je uvodno napomenuto, ZPDP je osnovni pretvorbeni propis koji je regulirao pretvorbu cjelokupne pravne osobe, a što je značilo i pretvorbu stvari u društvenom vlasništvu koje su činile društveni kapital u smislu ZPDP-a. Odredbama ZPDP-a koji je stupio na snagu 1. svibnja 1991. godine uređuje se pretvorba poduzeća s društvenim kapitalom u poduzeće kojem je određen vlasnik.⁶⁵ Pretvorbom društvenog poduzeća nastaje dioničko društvo ili društvo s ograničenom odgovornošću koje ima u cjelini poznatog vlasnika.⁶⁶

ZPDP se primjenjuje na sva poduzeća sa sjedištem u RH,⁶⁷ osim na banke i druge financijske organizacije i organizacije za osiguranja te druge pravne osobe koje su osnovane na temelju posebnih propisa.⁶⁸ Jedna od odredbi ZPDP-a koja je izazvala dosta dvojbi odnosi se na to da je trgovačko društvo koje je nastalo pretvorbom društvenog poduzeća pravni sljednik toga društvenog poduzeća i nastaje upisom u

62 V. Zakon o Hrvatskim željeznicama (Narodne novine, broj 42/90.), Zakon o osnivanju javnog hrvatskog poštanskog i telekomunikacijskog poduzeća (Narodne novine, broj 42/90.), Zakon o osnivanju javnog poduzeća Ina (Narodne novine, broj 42/90.), Zakon o osnivanju javnog poduzeća Narodne novine (Narodne novine, broj 47/90.), Zakon o elektroprivredi (Narodne novine, broj 31/90. i 47/90.) i dr.

Zakonom o izmjenama Zakona kojim su osnovana javna poduzeća (Narodne novine, broj 61/91. i 64/91.) izvršen je ispravak u pogledu pretvorbe prava vlasništva na sredstvima javnih poduzeća na način da su brisane odredbe svih posebnih zakona gdje je bilo određeno da je RH vlasnik sredstava javnih poduzeća te je navedeno da su sredstva vlasništvo samih javnih poduzeća kao samostalnih pravnih osoba.

63 Narodne novine, broj 55/96.

64 Narodne novine, broj 36/95., 70/97., 128/99., 57/00., 129/00., 59/01., 26/03. – pročišćeni tekst, 82/04. i 178/04.

65 V. čl. 1. ZPDP-a.

66 V. čl. 4. ZPDP-a.

67 V. čl. 3. st. 1. ZPDP-a.

68 V. čl. 1. st. 3. ZPDP-a.

sudski registar.⁶⁹ Upravo tumačenjem te odredbe pokušalo se u razdoblju do donošenja ZP-a i ZVDSP-a uknjižiti pravo vlasništva na trgovačka društva nastala pretvorbom i onih nekretnina koje nisu procijenjene u društveni kapital kod pretvorbe.⁷⁰ Jedno od osnovnih pitanja prema ZPDP-u je utvrđenje društvenog kapitala poduzeća i nad kojim je izvršena pretvorba društvenog vlasništva. Kod toga su upravo nekretnine predstavljale najvrijedniji i najveći dio društvenog kapitala nekog poduzeća.

4.1. Utvrđenje društvenog kapitala koji se sastoji od nekretnina

Društveni kapital je prema ZPDP-u razlika između vrijednosti sredstava (ukupne aktive) poduzeća i vrijednosti obveza poduzeća uključujući obveze prema pravnim i fizičkim osobama na temelju njihovih trajnih uloga u poduzeću.⁷¹ U društveni kapital ne ulazi poljoprivredno zemljište koje je vlasnicima oduzeto nakon 15. svibnja 1945. godine.⁷² Društvena poduzeća bila su dužna dostaviti Hrvatskom fondu za privatizaciju (u daljnjem tekstu HFP) pri podnošenju zahtjeva za davanje suglasnosti na namjeravanu pretvorbu određene isprave i dokumentaciju.⁷³ Za utvrđenje nekretnina koje čine društveni kapital poduzeća posebno su značajni bili elaborat o procjeni vrijednosti poduzeća koji sadrži knjigovodstvenu i procijenjenu vrijednost poduzeća kao i dokazi o pravu korištenja nekretnina.

S obzirom na nesređeno zemljišnoknjižno stanje bilo je teško očekivati, da bi se uvijek moglo dostaviti relevantni zk. izvadak kao dokaz prava korištenja određene nekretnine. Stoga su i donesene posebne upute⁷⁴ kojima je određeno između ostalog, da se kao dokaz prava korištenja u materijalno-pravnom smislu mogu koristiti zemljišnoknjižni izvadak, odluka suda, rješenje tijela uprave, ugovor i ostali valjani dokumenti o pravu korištenja nekretnina. Stoga se u praksi kod procjene društvenoga kapitala često događalo da je HFP dao suglasnost na provođenje namjeravane pretvorbe, iako su procjenom bile obuhvaćene nekretnine koje nisu mogle biti predmetom procjene. S druge strane bile su ispuštane iz procjene nekretnine koje su trebale biti procijenjene u društveni kapital.

Jedna od najčešćih situacija kod utvrđenja društvenoga kapitala odnosila se na činjenicu da su u društveni kapital procjenjivana i zemljišta koja su posebnim propisima već postala vlasništvo drugih pravnih osoba. To se prije svega odnosi na poljoprivredno zemljište koje temeljem čl. 3. ZPZ/91 postalo vlasništvo Republike Hrvatske. ZPZ/91 stupio je na snagu 23. srpnja 1991. godine pa se moglo dogoditi da je u razdoblju od dana stupanja na snagu ZPDP 1. svibnja pa do 23. srpnja 1991. godine

69 V. čl. 6. st. 2. ZPDP-a.

70 Tek je ZVDSP u čl. 390. propisao kao jednu od iznimaka primjenu odredbi članka 360.-365. o pretvorbi društvenog vlasništva, ako stvar nije bila procijenjena u društveni kapital kod pretvorbe.

71 V. čl. 2. st. 1. ZPDP-a.

72 V. čl. 2. st. 2. ZPDP-a.

73 V. čl. 11. ZPDP-a.

74 V. Upute za provedbu čl. 11. Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća koje je donio ravnatelj Agencije za restrukturiranje i razvoj na temelju članka 45. ZPDP-a (Narodne novine, broj 26/91. i 99/03.).

takva procjena bila valjana. Međutim, potrebno je napomenuti da ni jedna pretvorba društvenog poduzeća nije izvršena u tako kratkom roku od nepunih 3 mjeseca.

Do ovakvih situacija dolazilo je zbog različitog tumačenja razgraničenja između poljoprivrednog i građevinskog zemljišta te tumačenja koje nekretnine u naravi čine šumu i šumsko zemljište sukladno odredbama ZŠ/90. U praksi je bilo situacija da su u društveni kapital procjenjivani nasadi ili staklenici, ali ne i zemljište. Također se u nekim slučajevima vršila procjena samo objekata na poljoprivrednom zemljištu bez zemljišta ispod objekata i za redovitu uporabu istih, a što je sve izazvalo velike probleme kod kasnije uknjižbe prava vlasništva na takvim nekretninama i posebno nakon donošenja ZP-a i primjene čl. 47. tog zakona.

Suprotno od toga, u društveni kapital nije procjenjivano zemljište koje je moglo biti procijenjeno, ali je to ispušteno. Prije svega se to odnosi na komplekse turističkog zemljišta kod pretvorbe turističkih društvenih poduzeća uz obalu. Procjena u društveni kapital vršena je samo u odnosu na objekte i eventualno manji dio zemljišta, dok su veliki kompleksi zemljišta ostajali izvan procjene.⁷⁵

Kod utvrđenja i procjene društvenoga kapitala poseban problem predstavljala je procjena objekata kod pretvorbe, a koji su izgrađeni na pomorskom dobru. Između društvenih poduzeća koja su bila obvezna provesti pretvorbu prema ZPDP-u bilo je i onih koja su u cijelosti ili dijelom imali imovinu koja se nalazila na pomorskom dobru.⁷⁶

Društvena poduzeća su bila dužna u procjenu vrijednosti društvenoga kapitala uključiti sve nekretnine koje su vodili u svojoj poslovnoj aktivnosti i na kojima su bili nositelji prava korištenja. ZPDP nije predviđao nikakav poseban postupak u odnosu na određena prava na nekretninama koja su nastala i postojala po tada važećim propisima na pomorskom dobru, te su vođena u aktivnosti poduzeća i podlijezala pretvorbi. Zbog podnormiranosti došlo je do situacije procjene objekata na pomorskom dobru u društveni kapital ili eventualno do procjene ulaganja u takve objekte što je kasnije imalo za posljedicu nemogućnost stvarnopravnog reguliranja takve procjene i uknjižbe bilo kakvih stvarnih prava u zemljišne knjige. Sve navedeno u svezi s procjenom društvenoga kapitala kod pretvorbe izazvalo je kod uknjižbe prava vlasništva trgovačkih društava nastalih pretvorbom velike dvojbe i razna tumačenja, te je dovelo do niza pogrešnih i nepravilnih uknjižbi koje su iza toga dovele do niza sudskih postupaka.

75 HFP je u to vrijeme uvažavao stavove tadašnjeg Ministarstva turizma i Ministarstva zaštite okoliša, prostornog uređenja i stambeno-komunalnih poslova u svezi s statusom građevinskog zemljišta u turističkim zonama. Ti su stavovi kao osnovnu strategiju podrazumijevali izuzimanje iz procjene takvog zemljišta, a u svrhu razvoja politike i koncesija u turizmu. Smatralo se kako taj vrijedni dio nekretnina koji se sastoji od najatraktivnijeg zemljišta uz more ne treba biti procijenjen u društveni kapital kod pretvorbe društvenih poduzeća koja su imala pravo korištenja na tom zemljištu, već da bi ista trebala postati vlasništvo RH ili jedinica lokalne samouprave koje bi daljnja raspolaganja vršila putem koncesija. Takav je pristup stvorio velike probleme donošenjem ZP-a u svezi s primjenom čl. 47. tog zakona.

76 Prema tadašnjim procjenama HFP-a, radilo bi se o preko 150 poduzeća koja su se našla u takvoj situaciji da su imala imovinu na pomorskom dobru.

4.2. Uknjižba prava vlasništva na nekretninama pravnih osoba nastalih pretvorbom društvenih poduzeća

Trgovačka društva koja su nastala pretvorbom društvenih poduzeća nakon upisa u sudski registar podnosila su prijedloge nadležnim zemljišnoknjižnim sudovima radi uknjižbe prava vlasništva na nekretninama. Takva trgovačka društva imala su veliki pravni i gospodarski interes za usklađenje faktičnog i zemljišnoknjižnog stanja, a kako bi u cijelosti mogla funkcionirati nakon izvršene pretvorbe društvenog vlasništva.

Ranije je navedeno kako se u postupku pretvorbe utvrđivao društveni kapital koji se između ostalog odnosio na nekretnine i gdje je dolazilo do situacija kada u procjenu nisu ulazile nekretnine, a trebale su biti obuhvaćene pretvorbom. S druge strane dolazilo je do procjene nekretnina koje nisu mogle činiti društveni kapital poduzeća jer su po drugim posebnim propisima već ranije postale vlasništvo drugih pravnih osoba, prije svega Republika Hrvatska. Ako se takvoj situaciji priboji nesređeno zemljišnoknjižno stanje, a koje je velikim dijelom bilo rezultat potpune zanemarenosti zemljišnih knjiga u doba društvenog vlasništva, dolazi se do zaključka kako je u pogledu uknjižbe nekretnina bivših društvenih poduzeća nakon provedene pretvorbe postojao čitav niz problema i dvojbi.

Možemo razlikovati dva razdoblja, odnosno dvije pravne situacije u svezi s problematikom uknjižbe takvih nekretnina. Prvo razdoblje odnosilo bi se na ono od donošenja ZPDP-a pa do stupanja na snagu ZP-a, a drugo na postupanje zemljišnoknjižnih sudova nakon stupanja na snagu ZP-a.

4.2.1. Postupanje zemljišnoknjižnih sudova do donošenja ZP-a

Nakon provedene pretvorbe, novonastala trgovačka društva raspolagala su rješenjem HFP-a o suglasnosti na namjeravanu pretvorbu i potvrdom nadležnog trgovačkog suda da je izvršena registracija novonastalog pravnog subjekta. Trgovačka društva nisu raspolagala popisom ili iskazom nekretnina koje su obuhvaćene procjenom u postupku pretvorbe. Takav podatak navedena rješenja HFP-a nisu sadržavala, a poduzeće je eventualno raspolagalo zemljišnoknjižnim izvatkom iz kojeg je bilo vidljivo da se predmetna nekretnina vodi upisana kao društveno vlasništvo s pravom korištenja prednika tog poduzeća.⁷⁷ Rješenje o pretvorbi određenog poduzeća sadržavalo je samo ukupno utvrđenu vrijednost društvenoga kapitala, ukupan broj dionica i nominalnu vrijednost dionica. Rješenje o pretvorbi samo je iznimno sadržavalo dopunske podatke o rezervaciji dionica ako se vodio spor oko neke nekretnine.⁷⁸

77 Vrlo često poduzeća nisu mogla predočiti relevantni zk. izvadak jer se konkretna nekretnina nije vodila kao pravo korištenja ili raspolaganja tog poduzeća, već neke druge pravne osobe ili fizičke osobe. Moglo se raditi o situaciji kada se takva nekretnina nalazila u temeljnom kapitalu, ali nije bila upisana kao društveno vlasništvo s pravom korištenja tog društvenog poduzeća.

78 To se odnosilo, primjerice, na situaciju kada je bio u tijeku spor o tomu spada li određena nekretnina u temeljni kapital društvenog poduzeća, odnosno je li to poduzeće stvarni nositelj prava korištenja ili raspolaganja, ili kao način osiguranja prava prijašnjih vlasnika u odnosu na nacionalizirane nekretnine.

Stoga se opravdano postavlja pitanje na temelju kojih isprava i dokumentacije su postupali zemljišnoknjižni sudovi kod uknjižbe prava vlasništva na nekretninama bivših društvenih poduzeća. U praksi je bilo raznih situacija glede pravnog i stvarnog statusa nekretnina u odnosu na koje se tražila uknjižba.⁷⁹

Zemljišnoknjižni sudovi su u tom prvom razdoblju imali raznoliku praksu u odnosu na isprave i dokumentaciju koju su tražili uz prijedlog za uknjižbu prava vlasništva takvih nekretnina. Neki zemljišnoknjižni sudovi postupali su kod uknjižbe samo na temelju rješenja HFP-a iz čl. 12. ZPDP-a i uvidom u potvrdu trgovačkog suda o upisu u sudski registar pretvorbom nastalog trgovačkog društva. Zapravo se radilo o promjeni naziva ovlaštenika stvarnog prava, statusnoj promjeni te o uknjižbi prava vlasništva umjesto prava korištenja.⁸⁰

Takvo postupanje moglo je dovesti do pogrešnog upisa jer se moglo raditi o nekretnini koja nije bila obuhvaćena elaboratom o procjeni ili je bila obuhvaćena, a nije mogla i smjela to biti, i gdje se, primjerice, radilo o poljoprivrednom zemljištu iz čl. 2. st. 2. ZPDP-a, tj. o poljoprivrednom zemljištu koje je *ex lege* postalo vlasništvo Republike Hrvatske prije pretvorbe temeljem posebnog propisa.

Stoga su neki sudovi tražili dostavu elaborata o procjeni društvenoga kapitala iz kojeg se pokušavalo utvrditi je li nekretnina obuhvaćena procjenom ili ne. Također su neki sudovi već tada tražili potvrdu o vrsti zemljišta kako bi anulirali sumnju radi li se o poljoprivrednom zemljištu koje nije moglo biti predmetom pretvorbe. Međutim, u većini slučajeva u prvom razdoblju zemljišnoknjižni sudovi su vršili upise prava vlasništva novonastalih trgovačkih društava u svim onim slučajevima gdje su imali upisano pravo korištenja na prednika trgovačkog društva bivše društveno poduzeće.

Zemljišnoknjižni sudovi pozivali su se na odredbu čl. 1. ZPDP-a gdje je određeno da pretvorbom iz poduzeća s društvenim kapitalom nastaje poduzeće kojem je određen vlasnik. Pozvali su se i na čl. 6. st. 3. ZPDP-a kojim se određuje da je novonastalo trgovačko društvo nakon upisa u sudski registar pravni sljednik poduzeća koje je prestalo postojati.

Zemljišnoknjižni su stoga u razdoblju do donošenja ZP-a nejednako postupali, što je doprinjelo činjenici da su dopustili uknjižbe prava vlasništva na velikom broju nekretnina koje uopće nisu bile obuhvaćene pretvorbom ili su već ranije *ex lege* postale vlasništvo, prije svega Republike Hrvatske, posebnim propisima. Takvo je stanje trajalo sve do stupanja na snagu ZP-a odnosno prije toga do donošenja Uputa za primjenu čl. 7. st. 3. ZPDP-a⁸¹ koje je donio HFP.

79 Moglo se raditi o situaciji da je društveno poduzeće bilo upisano kao nositelj prava korištenja ili prava raspolaganja na određenoj nekretnini i kada je zemljišnoknjižno stanje bilo sredeno. S druge strane moglo se raditi da poduzeće nije bilo upisano kao nositelj prava korištenja ili raspolaganja, ali je posjedovalo sve isprave kojima je to moglo ishoditi, a moglo se raditi da poduzeće nije bilo upisano u zemljišne knjige, a niti je moglo pribaviti isprave kojima bi moglo ishoditi takav upis.

80 Neki sudovi čak nisu upisivali promjenu prava korištenja u status vlasništva, već su izvršili samo promjenu naziva pravne osobe.

81 V. Narodne novine, broj 42/95.

4.2.2. Postupanje zemljišnoknjižnih sudova nakon donošenja ZP-a

ZP je stupio na snagu u ožujku 1996. godine i u čl. 42. odredio je da HFP izdaje rješenje kojim se utvrđuju nekretnine koje su procijenjene u vrijednosti društvenoga kapitala u postupku pretvorbe, a koje služi za potrebe upisa nekretnine u zemljišne knjige. Dakle, zakonom je određena mogućnost izdavanja rješenja HFP-a, ali samo na zahtjev stranke i o njezinom trošku, što znači da to nije bila obveza svih pravnih subjekata, a zemljišnoknjižni sudovi nisu bili dužni tražiti takvo rješenje.

Nakon donošenja ZP-a zemljišnoknjižni sudovi su u velikom broju počeli primjenjivati praksu da su tražili od trgovačkih društava dostavu rješenja o iskazu nekretnina koja im je omogućavala utvrđenje nekretnina koje su bile obuhvaćene pretvorbom. Rješenje o iskazu nekretnina donosilo se u upravnom postupku i u nekim slučajevima takvi postupci su mogli biti dugotrajni, te su tako onemogućili uknjižbu prava vlasništva na nekretninama trgovačkih društava nakon pretvorbe na dulje razdoblje. Rješenja nisu davala odgovor na pitanje je li neka nekretnina pogrešno procijenjena kod pretvorbe, već su zato bili potrebni drugi dokazi.⁸² Potrebno je napomenuti da je HFP i prije stupanja na snagu ZP-a donio Upute za primjenu čl. 7. st. 3. ZPDP-a,⁸³ koje su sadržavale jednaku mogućnost izdavanja rješenja o iskazu nekretnina kao i kasnije rješenje u ZP-a koje je doneseno devet mjeseci kasnije.

U svakom slučaju odredba čl. 42. ZP-a doprinijela je pravilnijem i cjelovitijem postupanju zemljišnoknjižnih sudova, iako rješenje iz čl. 42. ZP-a u smislu pravila zemljišnoknjižnog prava nije bila tabularna isprava, već je predstavljalo svojevrsni dopunski dokaz o nekretninama koje su obuhvaćene procjenom kod pretvorbe. Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima⁸⁴ izmijenjen je ZVDSP tako da je dodan čl. 390.a. Ta je promjena stupila na snagu tek 2006. godine ili deset godina nakon donošenja ZP-a, odnosno petnaest godina nakon donošenja ZPDP-a. Odredbom čl. 390.a ZVDSP-a regulirano je kada se novonastalo trgovačko društvo može smatrati pravnim sljednikom društvenog poduzeća i vlasnikom nekretnine bivšega društvenog poduzeća.

Prvi je uvjet da su nekretnine, koje su na dan procjene vrijednosti temeljnoga kapitala u postupku pretvorbe, bile u društvenom vlasništvu i s pravom upravljanja, korištenja i raspolaganja društvenog poduzeća.⁸⁵ Drugi je uvjet da su nekretnine mogle biti predmetom stjecanja prava vlasništva, odnosno da se radi o nekretninama koje nisu u nevlasničkom režimu. Treći se uvjet odnosio na to da je nekretnina procijenjena u kapital društvenog poduzeća i da je iskazana u kapitalu društva po nadležnom tijelu, a to bi se zapravo odnosilo na iskaz nekretnina iz uputstva HFP-a iz 1995. godine odnosno na odredbu čl. 42. ZP-a. Zakonodavac je naknadno želio „pokriti“ i razjasniti

82 Primjerice kao dokaz da se ne radi o poljoprivrednom zemljištu koje je *ex lege* prije pretvorbe postalo vlasništvo RH tražila se potvrda nadležnog upravnog tijela o vrsti zemljišta 23. srpnja 1991., kao dana stupanja na snagu ZPZ/91.

83 Već na temelju takvih uputa zemljišnoknjižni sudovi počeli su kod uknjižbe nekretnina bivših društvenih poduzeća tražiti dostavu rješenja o iskazu nekretnina.

84 V. Narodne novine, broj 79/06.

85 To treba primjenjivati u materijalno-pravnom smislu, što znači da nije bitan upis u zemljišnu knjigu na taj dan, već da je društveno poduzeće moglo dokazati takvu pretpostavku.

pretpostavke stjecanja prava vlasništva na nekretninama bivših društvenih poduzeća, ali smatramo kako je ta odredba donesena prekasno, nakon što je već provedena pretvorba i privatizacija društvenih poduzeća.

U svezi s problematikom privatizacije jedna od najkontroverznijih odredbi koja je razvila razna tumačenja i probleme u praksi bila je odredba čl. 47. ZP-a. U primjeni ove odredbe ZP-a razvila se praksa HFP-a, dok su je s druge strane novonastala trgovačka društva, i to posebice ona iz turističkog sektora, drugačije tumačila.

5. POSTUPANJE PO ČLANKU 47. ZP-A

ZP je stupio na snagu 22. ožujka 1996. i u čl. 47. odredio je da se dionice, udjeli, stvari i prava koji nisu procijenjeni u vrijednosti društvenoga kapitala pravne osobe na temelju ZPDP-a, prenose HFP-u, ako ne postoje razlozi za obnovu postupka, odnosno ako prijenos ne utječe na postojeću tehnološku cjelinu.

Iz ove odredbe ZP-a proizlazilo bi da je HFP postajao *ex lege* vlasnik nekretnina stupanjem na snagu ZP-a uz uvjet da nisu procijenjene u vrijednosti društvenoga kapitala pravne osobe kod pretvorbe, te da ne postoje razlozi za obnovu postupka, odnosno ako neprocijenjena nekretnina ne čini tehnološku cjelinu s preostalim nekretninama pravne osobe. Međutim, odmah se postavlja pitanje kako su se mogle dokazati pretpostavke za *ex lege* stjecanje prava vlasništva HFP-a, te kako i u kojem postupku se dokazivalo nepostojanje pretpostavki za obnovu postupka i da se ne radi o tehnološkoj cjelini s ostalim nekretninama. ZP o tomu nije davao jasne i nedvojbene odgovore.

S obzirom na to da je postupak donošenja rješenja o suglasnosti na namjeravanu pretvorbu bio upravni postupak gdje su se primjenjivale odredbe Zakona o općem upravnom postupku,⁸⁶ razvidno je da se za obnovu postupka morao provesti upravni postupak u kojem se utvrđivalo eventualno postojanje ili nepostojanje razloga za obnovu postupka.⁸⁷ Također je u istom postupku HFP trebao utvrditi razloge postoje li moguće pretpostavke koje bi u slučaju prijena imovine na HFP utjecale na postojeću tehnološku cjelinu. Dakle, da bi se mogla primijeniti odredba čl. 47. ZP-a potrebno je da HFP na prijedlog stranke ili po službenoj dužnosti provede upravni postupak u kojem je utvrđivao relevantno činjenično stanje i kojim će se donijeti odluke koje će biti u odnosu na nekretnine temelj za uknjižbu prava vlasništva HFP-a ili novonastaloga trgovačkog društva. Upravno-sudska praksa u cijelosti je potvrdila takvo postupanje HFP-a.⁸⁸

5.1. Postupanje HFP-a po čl. 47. ZP-a

Ako se utvrdilo da određena nekretnina nije bila obuhvaćena procjenom kod pretvorbe, HFP je po službenoj dužnosti ili na prijedlog stranke u upravnom postupku utvrđivao radi li se o nekretnini koja je činila temeljni kapital bivšega društvenog

86 V. Narodne novine, broj 53/91. i 103/96. – dalje ZOUP/91.

87 V. čl. 249. ZOUP/91.

88 V. npr. presudu Upravnog suda Republike Hrvatske Us-3403/2000.

poduzeća, nije li ista procijenjena kod pretvorbe, nije li se radilo o nekretnini koja bi prije pretvorbe *ex lege* postala vlasništvo neke druge pravne osobe⁸⁹, nije li se radilo o pretpostavkama za obnovu postupka pretvorbe i da prijenos na HFP-a ne bi utjecao na tehnološku cjelinu. Nakon toga se donosilo rješenje kojim se predmetna nekretnina prenosila sukladno čl. 47. ZP-a na HFP, a koje je na temelju pravomoćnosti bilo tabularna isprava za upis u zemljišne knjige.

U odnosu na obnovu postupka, potrebno je napomenuti da s obzirom na odredbe ZOUP/91 u čl. 252. o objektivnom roku od pet godina od donošenja rješenja za traženje obnove, da je u praksi taj rok vrlo često istekao i zapravo vrlo rijetko je bilo pretpostavki za obnovu postupka.⁹⁰ Međutim, stajalište HFP-a bilo je da je ZP *lex specialis*, te da predviđa specifičnu obnovu postupka pretvorbe bez obzira na rokove iz ZOUP/91. Takvo je stajalište zasigurno podložno kritici s obzirom na to da je HFP provodio upravni postupak kako bi se utvrdile pretpostavke za primjenu čl. 47. ZP-a.

U svakom slučaju u odnosu na pitanje je li neka nekretnina činila tehnološku cjelinu, treba navesti da se radilo o faktičnom pitanju koje je ovisilo o svakom konkretnom slučaju. Navedeni upravni postupak mogao je biti dugotrajan ako se zainteresirano trgovačko društvo protivilo stajalištu HFP-a i ako je koristilo pravne lijekove i sudsku zaštitu. U cijelom tom razdoblju predmetna nekretnina se zapravo nalazila u određenom vakuumu i formalnopravno u statusu društvenog vlasništva i njome se nije moglo raspolagati.

Kada je HFP utvrdio da nekretnina čini tehnološku cjelinu u odnosu na ostale nekretnine koje su procijenjene, kao i u odnosu na djelatnost samog trgovačkog društva, donosio je rješenje kojim se davala suglasnost da se vrijednost temeljnoga kapitala konkretnog društva poveća za procijenjenu vrijednost nekretnine. U rješenju se pozivala uprava trgovačkog društva da sazove skupštinu društva, te da na istoj predloži donošenje odluke o povećanju temeljnoga kapitala u korist HFP-a,⁹¹ te da HFP dostavi ovjerovljenu presliku rješenja o upisu povećanja temeljnog-a kapitala u sudski registar i ovjerovljenu presliku iz knjige dionica u korist HFP-a i to sve u određenom roku u rješenju.

Kod takvog postupanja trgovačko društvo je moralo donijeti odluku o povećanju temeljnoga kapitala u korist HFP-a. Ta se odluka morala donijeti na skupštini temeljem glasova koji predstavljaju najmanje tri četvrtine temeljnoga kapitala zastupljenog na glavnoj skupštini.⁹² U čl. 308. st. 1. ZTD određeno je pravo prvenstva pri upisu novih dionica, što znači da je kod povećanja temeljnoga kapitala pravo dosadašnjih dioničara na upis novih dionica koje razmjerno odgovaraju njihovom dotadašnjem udjelu.

Stoga, da se moglo provesti povećanje temeljnoga kapitala sukladno čl. 47.

89 To se prije svega odnosilo na razgraničenje poljoprivrednog i građevinskog zemljišta 23. srpnja 1991., a isto se dokazivalo potvrdom nadležnog upravnog tijela o vrsti zemljišta.

90 Iznimka je samo u odnosu na čl. 249., točke 2., 3. i 5. ZOUP-a.

91 V. čl. 304. do 341. Zakona o trgovačkim društvima (Narodne novine, broj 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 152/11., 111/12., 114/12. i 68/13. – dalje ZTD).

92 V. čl. 304. ZTD-a. Statutom se može odrediti da je za to potrebna i drugačija većina, s time da ne može biti manja od većine glasova koji predstavljaju dvije trećine temeljnog kapitala zastupljenog na glavnoj skupštini pri donošenju odluke.

ZP-a bilo je potrebno da skupština trgovačkog društva donese odluku da se isključuje pravo prvenstva dioničara pri upisu dionica, a koja se donosi glasovima na skupštini koju predstavljaju tri četvrtine glasova temeljnoga kapitala zastupljenog na glavnoj skupštini. To proizlazi iz čl. 308. st. 4. ZTD-a. Ako je trgovačko društvo u cijelosti prihvatilo rješenje HFP-a i provelo sve navedene radnje sukladno ZTD-u, dolazilo se do nove vlasničke strukture u trgovačkom društvu i HFP je mogao čak postati većinski dioničar, odnosno vlasnik udjela tog trgovačkog društva.

Nakon što je rješenje postalo pravomoćno, a trgovačko društvo u određenom roku nije povećalo temeljni kapital u korist HFP-a, donosilo se rješenje o prijenosu na HFP predmetnih nekretnina. U nekim slučajevima dolazilo je do dugotrajnih postupaka u svezi s procjenom nekretnina za koje se tražila obnova postupka, odnosno tvrdilo da čine tehnološku cjelinu, jer zavisno o procjeni dolazilo je do povećanja temeljnoga kapitala i novih odnosa između dosadašnjih dioničara i HFP-a.

Ako su određene nekretnine koje nisu procijenjene kod pretvorbe, bile uknjižene kao vlasništvo novonastalog trgovačkog društva, a do čega je uglavnom došlo zbog prakse zemljišnoknjižnih sudova do donošenja ZP-a, HFP je prije svega pokretao tužbe radi utvrđenja prava vlasništva u smislu čl. 47. ZP-a.⁹³ Mišljenje autora je da je izravno pokretanje parnice bilo ispravno rješenje jer je očigledno da je trgovačko društvo smatralo da je steklo pravo vlasništva i da ne želi, ni u slučaju pretpostavki za obnovu, odnosno ako su nekretnine činile tehnološku cjelinu, povećati temeljni kapital na ranije opisani način.

Kao jedna od osnovnih pretpostavki donošenja rješenja HFP-a u smislu čl. 47. ZP-a kojim se određena nekretnina prenosila u vlasništvo HFP-a, je da se predmetna nekretnina nalazila u temeljnom kapitalu društvenog poduzeća u trenutku utvrđenja tog temeljnog kapitala, odnosno provođenja pretvorbe te da nije procijenjena kod pretvorbe. Naime, u praksi se znalo raditi o situaciji kada je određena nekretnina bila formalno upisana kao društveno vlasništvo s pravom korištenja ili raspolaganja određenog društvenog poduzeća, ali nije činila temeljni kapital.⁹⁴

Prema stajalištu HFP-a, a koje je u cijelosti prihvatila i sudska praksa, u takvoj se situaciji nije radilo o pretpostavkama iz čl. 47. ZP-a. Ako se nije moglo utvrditi tko je bio stvarni nositelj prava korištenja, upravljanja ili raspolaganja takve nekretnine, tada se radilo o pretpostavci iz čl. 362. st. 3. ZVDSP-a, odnosno o predmnjevi vlasništva Republike Hrvatske na toj nekretnini.⁹⁵

93 To pod pretpostavkom da trgovačko društvo nije bilo spremno dobrovoljno prihvatiti postupanje HFP-a u upravnom postupku po čl. 47. ZP-a, a s obzirom na to da je već uknjiženo kao nositelj prava vlasništva predmetne nekretnine.

94 Takva je nekretnina stvarno bila na korištenju neke druge fizičke ili pravne osobe i u biti nije činila imovinu društvenog poduzeća u trenutku procjene kod pretvorbe, te kao takva nije niti procijenjena u društveni kapital.

95 To ne vrijedi za one nekretnine u odnosu na koje neka fizička osoba može dokazati stjecanje svog prava vlasništva.

5.2. Suprotna stajališta u primjeni članka 47. ZP-a

U svezi s primjenom čl. 47. ZP-a u dijelu stručne javnosti, a prije svega kod dijela gospodarskih subjekata,⁹⁶ zauzimalo se drugačije stajalište od iznesenog. Pokušavali su dokazati kako su novonastala trgovačka društva nakon pretvorbe postala univerzalni pravni sukcesori poduzeća od kojih su nastali, i kao takvi da su postali vlasnici nad cjelokupnim društvenim kapitalom ranijih poduzeća.

Pravni temelj za takvo stajalište pronalazio se u odredbi čl. 6. st. 2. ZPDP-a koji određuje da je novonastalo trgovačko društvo pravni sljednik poduzeća koje je prestalo postojati. Nadalje, kao daljnji argument u odnosu na zemljišta na kojima je izgrađena zgrada navodile su se odredbe ZVDSP-a o načelu jednovrsnosti nekretnine,⁹⁷ odnosno o pravnom sjedinjenju zemljišta i zgrade.⁹⁸

Takvo je stajalište tumačilo odredbu čl. 47. ZP-a na način da su nekretnine koje nisu bile procijenjene kod pretvorbe u društveni kapital, a činile su tehnološku cjelinu s ostalim nekretninama, *ex lege* postale vlasništvo novonastalih trgovačkih društava, koje je moglo prijedlogom za uknjižbu i dokazom da se radi o tehnološkoj cjelini izvršiti uknjižbu svog temeljem zakona stečenog prava vlasništva. Zauzimalo se sasvim suprotno stajalište od stajališta HFP-a gdje je jedino u upravnom postupku bilo moguće utvrđivati postojanje ili nepostojanje pretpostavki iz čl. 47. ZP-a. Takvo drugačije stajalište je neprihvatljivo s obzirom na odredbu čl. 390.a ZVDSP-a gdje su jasno navedene pretpostavke da bi trgovačko društvo kao pravni sljednik društvenog poduzeća moglo postati vlasnik nekretnine. Procjena vrijednosti nekretnine u društveni kapital je nužna pretpostavka bez koje nije bilo mogućnosti stjecanja prava vlasništva. Potpuno je neprihvatljivo da se članak 47. ZP-a tumačio na način da se radi o *lex specialis* i *lex prior* u odnosu na ZVDSP, i da bilo koje trgovačko društvo može postati bezuvjetno vlasnikom nekretnine koja nije obuhvaćena pretvorbom. To bi bilo u potpunosti u suprotnosti s osnovnim ciljem i svrhom pretvorbe i privatizacije društvenih poduzeća.

5.3. Ustavnosudska praksa u svezi s primjenom članka 47. ZP-a

Ustavni sud Republike Hrvatske svojim rješenjem od 1. lipnja 2006.⁹⁹ odbio je prijedlog više predlagatelja za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom Republike Hrvatske čl. 47. ZP-a. Autor smatra da su tom odlukom bile otklonjene sve dvojbe u svezi sa suprotstavljenim stajalištima glede primjene čl. 47. ZP-a, odnosno Ustavni sud RH je u cijelosti prihvatio da je čl. 47. ZP-a u skladu s Ustavom RH i da je dotadašnje postupanje HFP-a u skladu s Ustavom RH.

Predlagatelji, prije svega grupa turističkih poduzeća koja su posjedovala

96 To se prije svega odnosilo na turistička trgovačka društva koja su držala u posjedu nekretnine koje nisu procijenjene kod pretvorbe, kao što su autokampovi, zemljišta uz morsku obalu i sl.

97 V. čl. 9. ZVDSP-a.

98 V. čl. 367. do 369. ZVDSP-a.

99 V. Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj U-I-68/2001, U-I-2645/2002 i U-I-43/2006.

nekretnine uz obalu, naveli su da čl. 47. ZP-a nije u skladu s čl. 3., 48. st. 1., 49., 50. i 89. st. 4. Ustava Republike Hrvatske, odnosno s odredbom čl. 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.¹⁰⁰ Također su istakli neusklađenost čl. 47. ZP-a s odredbama ZVDSP-a i Zakona o naknadi.

Smatrali su da su pravni sljednici društvenih poduzeća nakon pretvorbe, te da su postali univerzalni sukcesori njihove cjelokupne imovine, pa tako i nekretnina bivših društvenih poduzeća i da čl. 47. ZP-a zapravo predstavlja naknadno izvlaštenje stečenog prava vlasništva. Isticali su da nesmetano posjeduju i koriste neprocijenjene nekretnine, te da su te nekretnine uredno prijavili kod pretvorbe društvenog vlasništva, ali su one izostavljene iz pretvorbe.

Neusklađenost s odredbama Konvencije predlagatelji su obrazlagali činjenicom da je HFP u primjeni čl. 47. ZP-a donosio upravne akte u upravnom postupku protiv kojih se može pokrenuti upravni spor, a da tadašnji Upravni sud RH nije bio sud pune nadležnosti, pa im je bilo uskraćeno pravo na odlučivanje pred neovisnim i nepristranim sudom.

Iz navedenih ili sličnih razloga prijedlog za ocjenu ustavnosti čl. 47. ZP-a podnijelo je nekoliko fizičkih osoba, odnosno odvjetnika, te su svi zajedno tvrdili da je čl. 47. ZP-a suprotan s Ustavom RH, odnosno odredbama Ustava RH o nepovredivosti vlasništva i vladavini prava, kao i o zabrani retroaktivnosti.

Ustavni sud RH nije prihvatio prijedloge za ocjenu ustavnosti čl. 47. ZP-a iz navedenih razloga, te je zauzeo jasno stajalište da je čl. 47. ZP-a odredba kojom je propisano postupanje u odnosu na neprocijenjene nekretnine i koji provodi HFP. Zaključio je da se kod neprocijenjenih nekretnina ne može raditi o stečenom pravu vlasništva novonastalih trgovačkih društava, pa da nema niti povrede prava vlasništva, a također da nisu utemeljeni navodi da bi postupanje HFP-a bilo u suprotnosti s čl. 6. Konvencije jer se postupak provodio prema ZOUP/91, a sudska zaštita je bila osigurana pred tadašnjim Upravnim sudom Republike Hrvatske u smislu čl. 19. st. 2. Ustava Republike Hrvatske. Nadalje, Ustavni sud Republike Hrvatske naveo je da čl. 47. ZP-a nije u suprotnosti niti s čl. 89. st. 4. Ustava RH jer se ne radi o retroaktivnom djelovanju, već se odredba odnosi na neprocijenjene nekretnine koje su kao takve zatečene u trenutku stupanja na snagu ZP-a.

Ta je odluka Ustavnog suda RH u cijelosti otklonila dvojbu oko primjene čl. 47. ZP-a do stavljanja izvan snage ZP-a, ali nije isključila potrebu preciziranja postupanja po čl. 47. ZP-a, kao i potrebu donošenja posebnih zakona koji su u cijelosti uređivali i završili postupanje sa stvarima neprocijenjenim kod pretvorbe i privatizacije.

6. PRETVORBA PREMA ZTOGZ-U

ZTOGZ je donesen 15. srpnja 2010. s osnovnim ciljem da se razriješi pitanje turističkog i ostalog građevinskog zemljišta koje nije procijenjeno i uneseno u temeljni kapital trgovačkog društva u postupku pretvorbe, odnosno privatizacije. *Ratio* donošenja posebnog zakona za ovu određenu vrstu nekretnina koje nisu

100 V. Narodne novine – Međunarodni ugovori, broj 18/97., 6/99. i 8/99. – pročišćeni tekst i 14/02. – dalje Konvencija.

procijenjene i unesene u temeljni kapital trgovačkog društva u postupku pretvorbe je što se radi o velikom broju vrijednih nekretnina koje se nalaze na najatraktivnijim dijelovima Republike Hrvatske i koje su izuzetno značajne za turizam i gospodarstvo Republike Hrvatske u cjelini. Pored toga, čl. 47. ZP-a zbog svojih nedorečenosti nije uspio riješiti problem neprocijenjenih nekretnina u postupku pretvorbe. ZTOGZ, osim same pretvorbe, uređuje i imovinskopravne odnose na tzv. turističkom i ostalom građevinskom zemljištu kao i način njihova korištenja. Upuštanje u razmatranja imovinskopравnih odnosa i načina korištenja te posebne vrste nekretnina nakon završene pretvorbe prelazilo bi okvire ovog rada, pa će se navesti samo odredbe koje reguliraju pretvorbu.

ZTOGZ u čl. 2. definira turističko i ostalo građevinsko zemljište kao i trgovačko društvo koje se podrazumijeva u smislu tog zakona.¹⁰¹ Različito uređuje pretvorbu turističkog zemljišta u kampovima¹⁰² od turističkog zemljišta na kojem su izgrađeni hoteli i turistička naselja. Turističko zemljište u kampovima čija vrijednost u cijelosti nije procijenjena u društvenom kapitalu u postupku pretvorbe, odnosno privatizacije, vlasništvo je RH, dok je suvlasništvo RH i trgovačkog društva u idealnim dijelovima razmjerno veličini procijenjenog i neprocijenjenog zemljišta i građevine turističko zemljište, odnosno građevine u kampovima čija je vrijednost u dijelu procijenjena u društvenom kapitalu u postupku pretvorbe, odnosno privatizacije.¹⁰³

Kod turističkog zemljišta na kojima su izgrađeni hoteli ili turistička naselja, ZTOGZ određuje u kojem dijelu trgovačko društvo postaje suvlasnik zemljišta, ovisno o dijelu zemljišta koji je u postupku pretvorbe, odnosno privatizacije procijenjen u vrijednosti društvenoga kapitala društvenog poduzeća.¹⁰⁴ Preostalo turističko zemljište

101 Turističko zemljište u smislu ZTOGZ-a građevinsko je zemljište koje nije procijenjeno u vrijednosti društvenoga kapitala društvenog poduzeća u postupku pretvorbe, odnosno koje nije uneseno u temeljni kapital trgovačkog društva u postupku privatizacije, a za koje je na dan stupanja na snagu ZTOGZ-a dokumentima prostornog uređenja određena ugostiteljsko-turistička namjena i zemljište na kojemu su izgrađene građevine turističko ugostiteljske namjene (kampovi, hoteli i turistička naselja), na kojem su pravo korištenja, upravljanja i raspolaganja imala društvena poduzeća. Ostalo građevinsko zemljište u smislu ZTOGZ-a je zemljište koje nije procijenjeno u vrijednosti društvenoga kapitala društvenog poduzeća u postupku pretvorbe, odnosno koje nije uneseno u temeljni kapital trgovačkog društva u postupku privatizacije, a za koje na dan stupanja na snagu ZTOGZ-a dokumentima prostornog uređenja nije određena ugostiteljsko turistička namjena, na kojem su pravo korištenja, upravljanja i raspolaganja imala društvena poduzeća. Trgovačko društvo u smislu ZTOGZ-a je trgovačko društvo, odnosno njegov pravni sljednik koje je nastalo pretvorbom društvenog poduzeća na temelju ZPDP-a i drugim aktima koje je nositelj prava korištenja, upravljanja i raspolaganja na turističkom zemljištu te koje obavlja turističko ugostiteljsku djelatnost, odnosno koje je nositelj prava korištenja, upravljanja i raspolaganja na ostalom građevinskom zemljištu.

102 Turističko zemljište u kampovima u smislu ZTOGZ-a zemljište je iz čl. 2. st. 1. ZTOGZ-a koje je dokumentima prostornog uređenja utvrđeno kao kamp namijenjen za obavljanje turističko ugostiteljske djelatnosti (čl. 5. ZTOGZ).

103 V. čl. 6. ZTOGZ-a.

104 Kada je u postupku pretvorbe, odnosno privatizacije u vrijednosti društvenoga kapitala društvenog poduzeća procijenjena vrijednost građevine (hotel ili drugi objekt u turističkom naselju) bez zemljišta, trgovačko društvo vlasnik je građevine i zemljišta ispod građevine (zemljišta tlocrtna površine), a kada je procijenjena vrijednost građevine i dio zemljišne čestice

na kojem je društveno poduzeće imalo pravo korištenja, upravljanja i raspolaganja, a koje nije procijenjeno u vrijednosti društvenoga kapitala vlasništvo je jedinice lokalne samouprave na čijem se području nalazi to zemljište.¹⁰⁵

ZTOGZ kod ostalog građevinskog zemljišta propisuje pretvorbu na način da građevine i građevinsko zemljište koji nisu procijenjeni u društvenom kapitalu kod pretvorbe, odnosno privatizacije, postaju vlasništvo RH. Ako su djelomično procijenjeni i uneseni u društveni kapital, postaju suvlasništvo RH i trgovačkog društva u idealnim dijelovima razmjerno veličini procijenjenog i neprocijenjenog zemljišta i građevine.¹⁰⁶ Ako je u postupku pretvorbe, odnosno privatizacije u vrijednosti društvenoga kapitala društvenog poduzeća procijenjena vrijednost građevine bez zemljišta, trgovačko društvo postaje vlasnik zemljišta ispod građevine (zemljišta tlocrtne površine) i građevine, dok u slučaju procijenjene građevine i dijela zemljišne čestice trgovačko društvo vlasnik je procijenjenog zemljišta i građevine.¹⁰⁷

ZTOGZ je još za vrijeme važenja ZP-a izvršio pretvorbu nekretnina koje su bile izuzete iz pretvorbe prema ZVDSP-u s obzirom na to da nisu bile procijenjene i unesene u društveni kapital pravnih osoba pri pretvorbi temeljem ZPDP-a. Međutim, i taj zakon je izazvao daljnje dvojbe u svezi s uređenjem imovinskopravnih odnosa koji se odnose na razvrgnuće uspostavljenog suvlasništva, dodjele koncesije i utvrđenja oblika i veličine zemljišnih čestica koje su predmet pretvorbe prema ZTOGZ-u.

7. PRETVORBA PREMA ZUDI-JU

ZUDI također regulira postupanje u svezi s imovinom koja nije procijenjena, u cijelosti ili u dijelu, u vrijednost društvenoga kapitala društvenog poduzeća u postupku pretvorbe temeljem ZPDP-a, odnosno koja nije unesena u temeljni kapital trgovačkog društva u postupku privatizacije temeljem ZP-a, a na kojoj su pravo korištenja, upravljanja i raspolaganja imala društvena poduzeća, ako imovinskopravni odnosi u svezi s tom imovinom nisu uređeni posebnim zakonom.¹⁰⁸ ZUDI taksativno navodi da neprocijenjenu imovinu čine dionice i poslovni udjeli u trgovačkim društvima, poslovni prostori, stanovi, potraživanja i pokretnine.¹⁰⁹ Neprocijenjenom imovinom prema ZUDI-ju smatraju se i stanovi koje su društvena poduzeća u postupku pretvorbe prenijela fondovima u stambenom komunalnom gospodarstvu, a koji nisu prodani nositeljima stanarskog prava temeljem Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo.¹¹⁰

na kojoj je izgrađena građevina, a u postupku pretvorbe nije formirana posebna zemljišna čestica procijenjenog zemljišta, trgovačko društvo vlasnik je procijenjenog zemljišta i građevine (čl. 18. i 19. ZTOGZ).

105 V. čl. 20. ZTOGZ-a.

106 V. čl. 23. ZTOGZ-a.

107 V. čl. 24. i 25. ZTOGZ-a.

108 V. čl. 49. st. 1. ZUDI-ja.

109 *Ibid.*

110 Narodne novine, broj 27/91., 33/92., 43/92. – proč. tekst, 69/92., 25/93., 26/93., 48/93., 2/94., 44/94., 47/94., 58/95., 103/95., 11/96., 11/97., 68/98., 163/98., 22/99., 96/99., 120/00., 94/01. i 78/02. – dalje Zakon o prodaji stanova.

Dakle, neprocijenjena imovina u postupku pretvorbe i privatizacije u smislu ZUDI-ja je sva imovina bivših društvenih poduzeća, osim turističkog i ostalog građevinskog zemljišta u smislu ZTOGZ-a, koja je mogla biti procijenjena u vrijednost društvenoga kapitala kod pretvorbe, a to nije učinjeno ili je učinjeno djelomično, kao i stanovi koje su društvena poduzeća prije pretvorbe prenijela fondovima u stambenom i komunalnom gospodarstvu. Stoga su osnovne pretpostavke da bi se neka imovina mogla smatrati neprocijenjenom u postupku pretvorbe i privatizacije prema ZUDI-ju, da se radi o imovini bivših društvenih poduzeća, da ta imovina nije procijenjena ili je djelomično procijenjena kod pretvorbe, da se ne radi o turističkom ili ostalom građevinskom zemljištu sukladno ZTOGZ-u i da posebnim propisom nisu uređeni imovinskopравни odnosi u svezi s tom imovinom.

Neprocijenjena imovina koja se sastoji od dionica i poslovnih udjela u trgovačkim društvima, te od poslovnih prostora i stanova stupanjem na snagu ZUDI-ja postaje vlasništvo RH, a neprocijenjena imovina u obliku pokretnina i potraživanja postajevlasništvo Agencije za upravljanje državnom imovinom (dalje Agencija).¹¹¹ Ako je imovina prema ZUDI-ju samo djelomično procijenjena, tada Republika Hrvatska, odnosno Agencija te trgovačko društvo koje je pravni sljednik društvenog poduzeća postaju suvlasnici te imovine u idealnim dijelovima razmjerno veličini procijenjenog i neprocijenjenog dijela.¹¹² Dakle, Republika Hrvatska i Agencija postaju vlasnici, odnosno suvlasnici imovine, koja nije procijenjena kod pretvorbe *ex lege* danom stupanja na snagu ZUDI-ja. Svi eventualni postupci koji su u tijeku prema čl. 47. ZP-a obustavljaju se u odnosu na neprocijenjenu imovinu prema ZUDI-ju, jer u njegovim prijelaznim i završnim odredbama nema odredbe koja bi se odnosila na postupke prema čl. 47. koji su u tijeku na dan stupanja na snagu tog zakona.

Iako je ZUDI primarno zakon koji je regulirao i uspostavio jedinstveno upravljanje državnom imovinom te uspostavu registra državne imovine, kao i postupanje s imovinom RH koju treba privatizirati, propisao je i postupanje s neprocijenjenom imovinom u postupku pretvorbe i privatizacije koje nije uređeno posebnim zakonom. Na taj način uz ZTOGZ, on zapravo završava pretvorbu i privatizaciju koja traje više od dvadeset godina. Vremenski čimbenik doveo je do nejednakosti u postupanju s neprocijenjenom imovinom, jer je do donošenja ZUDI-ja takva imovina pod pretpostavkama iz čl. 47. ZP-a mogla postati imovina trgovačkog društva, koje je pravni sljednik društvenog poduzeća, a sada je *ex lege* vlasništvo RH ili Agencije ovisno o vrsti imovine.

Stupanjem na snagu ZURIVRH-a prestao je važiti ZUDI, a koji je preuzeo odredbe ZUDI-ja u svezi s neprocijenjenom imovinom u postupku pretvorbe i privatizacije, s razlikom da imovina u obliku pokretnina i potraživanja koja u cijelosti nije procijenjena, je vlasništvo RH, a ne Agencije koja prestaje s radom 30. rujna 2013. godine.¹¹³

111 V. čl. 49. st. 3. ZUDI-ja.

112 V. čl. 49. st. 4. ZUDI-ja.

113 V. čl. 65. i 80. ZURIVRH-a.

8. ZAKLJUČAK

Pretvorba društvenog vlasništva na stvarima koje su činile imovinu društvenih poduzeća trebala se provesti u postupku predviđenom ZPDP-a. Taj je zakon stupio na snagu 1. svibnja 1991. godine, nakon čega je započeo proces pretvorbe društvenih poduzeća kao pravnih osoba, a time ujedno i pretvorba stvari koje su činile društveni kapital tih poduzeća. Zbog raznih razloga u pojedinačnim postupcima pretvorbe društvenih poduzeća dolazilo je do toga da u masi društvenoga kapitala nisu procjenjivane pokretnine i nekretnine koje su trebale biti obuhvaćene procjenom. Neki su se odnosili na nesređenu evidenciju nekretnina, nesređenu bilancu društvenoga kapitala poduzeća, na pogreške u postupanju posebne pravne osobe koju je osnovala Republika Hrvatska za provođenje postupka pretvorbe (HFP) te pogrešnih pravnih stajališta u svezi s utvrđenjem društvenoga kapitala društvenih poduzeća, ali također i zbog težnji sudionika u pretvorbi i zainteresiranih za privatizaciju da procjena društvenoga kapitala bude što manja i time prihvatljivija i jeftinija za privatizaciju i preuzimanje trgovačkih društava sljednika.

U razdoblju od donošenja i stupanja na snagu ZPDP-a pa do donošenja i stupanja na snagu ZP-a, nije bilo pravne regulative u svezi s postupanjem s neprocijenjenom imovinom kod pretvorbe društvenih poduzeća. Pored toga, pretežna praksa zemljišnoknjižnih sudova u tom razdoblju bila je da se sve nekretnine bivših društvenih poduzeća upisuju kao vlasništvo trgovačkih društava sljednika bez provjere jesu li su procijenjene kod pretvorbe. Stupanjem na snagu ZP-a reguliran je postupak i pretvorba neprocijenjene imovine bivših društvenih poduzeća, a također je propisana mogućnost izdavanja rješenja HFP-a o tomu koje su nekretnine procijenjene u vrijednosti društvenoga kapitala. Međutim, odredba čl. 47. ZP-a izazvala je dvojbe u svezi s ispunjenjem pretpostavki za pretvorbu neprocijenjene imovine, kao i samog postupka koji je provodio HFP. ZVDSP u općim odredbama o pretvorbi društvenog vlasništva u cijelosti je isključio mogućnost primjene na stvari koje nisu procijenjene kod pretvorbe društvenih poduzeća. Tek izmjenom iz 2006. godine jasno je naveo pretpostavke za stjecanje prava vlasništva trgovačkih društava na nekretninama bivših društvenih poduzeća kao prednika. Odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske 2006. godine otklonjene su dvojbe u svezi s postupka koji je provodio HFP po čl. 47. ZP-a. Stoga proizlazi da je u razdoblju od 1991. godine pa do 2006. godine postojala kontinuirano pravna nesigurnost kao i različita tumačenja i postupanja u stvarima koje nisu procijenjene kod pretvorbe društvenih poduzeća.

U trećem razdoblju od 2006. godine pa do donošenja ZTOGZ-a i ZUDI-ja vodili su se dugotrajni postupci u smislu čl. 47. ZP-a. Posebnim zakonima 2010. godine završila je pretvorba na stvarima koje nisu procijenjene kod pretvorbe društvenih poduzeća i na kojima nije proveden i završen postupak prema čl. 47. ZP-a. Prvotno je izvršena *ex lege* pretvorba, tzv. turističkog i ostalog građevinskog zemljišta temeljem ZTOGZ-a, a zatim i *ex lege* pretvorba ostale neprocijenjene imovine temeljem ZUDI-ja. Cijeli proces završio je tek 2013. godine donošenjem i stupanjem na snagu ZURIVRH-a koji je stavio izvan snage ZUDI.

Može se zaključiti da je proces pretvorbe društvenog vlasništva na stvarima

koje nisu procijenjene kod pretvorbe društvenih poduzeća trajao neprihvatljivo dugo (22 godine), s time da u prvom razdoblju do 1996. godine nije bilo uopće pravne regulative, u drugom razdoblju do 2006. godine postojale su dvojbe oko postupka i pretpostavki za pretvorbu, dok su se u trećem razdoblju do 2010. godine postupci po čl. 47. ZP-a vodili neprihvatljivo dugo, što je dovelo do *ex lege* pretvorbe temeljem ZTOGZ-a i ZUDI-ja a time i do nejednakosti u odnosu na trgovačka društva sljednike bivših društvenih poduzeća u svezi s mogućnosti stjecanja prava vlasništva na stvarima neprocijenjenim kod pretvorbe. Sve to je uzrokovalo kod nekretnina čitav niz pogrešnih uknjižbi i sudskih sporova, kao i posjedovanja i korištenja nekretnina bez naknade od trgovačkih društava koje nisu procijenjene kod pretvorbe društvenih poduzeća. Na taj način se s jedne strane određeni dio imovine bivših društvenih poduzeća nalazio izvan funkcije i izvan mogućnosti korištenja i raspolaganja, a s druge su određeni dio, prvenstveno nekretnina, trgovačka društava sljednici bez naknade pri čemu se oštećivao državni proračun.

Summary

TRANSFORMATION OF THE SOCIAL OWNERSHIP OF THINGS WHICH WERE NOT ASSESSED DURING THE TRANSFORMATION OF SOCIAL ENTERPRISES

This paper deals with the transformation of the social ownership of things which were not assessed as part of the social capital during the transformation of social enterprises. After the conduct of transformation of social enterprises, pursuant to the Act on Transformation of Social Enterprises, there was a dilemma in theory and in practice relating to acquisition of the right of ownership on such things. This primarily related to the application of the Privatization Act, which did not regulate clearly the procedure for acquisition of the right of ownership on such things, which was reflected mostly in different procedures in the courts for registration of the right of ownership of unassessed real properties in the land register.

Therefore, the subject of examination in this paper is the historical legislation relating to regulation of this issue, with a presentation of differing theoretical interpretations and practical procedures by the courts. In the introduction there is a presentation in general of the transformation of social ownership of things, and the fundamental goal and purpose of the paper is to give a complete presentation of the procedure with things which were not assessed during the transformation of social enterprises, and resolution of any remaining dilemmas in that procedure.

Key words: *transformation of the social ownership, social enterprises, privatization, tourist land, state property.*

Zusammenfassung

UMWANDLUNG DES GESELLCHAFTSEIGENTUMS AUF DEN BEI DER UMWANDLUNG VON GESELLSCHAFTSUNTERNEHMEN NICHT BEWERTETEN SACHEN

Die Arbeit bearbeitet die Umwandlung des Gesellschaftseigentums auf Sachen, welche in der Masse des Gesellschaftskapitals bei der Umwandlung von Gesellschaftsunternehmen nicht bewertet wurden. Nach der durchgeführten Umwandlung von Gesellschaftsunternehmen im Sinne des Gesetzes über die Umwandlung von Gesellschaftsunternehmen gab es sowohl in der Theorie als auch in der Praxis Zweifel über den Erwerb des Eigentumsrechtes bezüglich solcher Sachen. Das bezog sich vor allem auf die Anwendung des Privatisierungsgesetzes, welches das Verfahren zum Erwerb des Eigentumsrechtes bezüglich dieser Sachen unklar

regoliate, was sich am meisten in unterschiedlicher Vorgehensweise von Gerichten bei der Grundbucheintragung des Eigentumsrechtes auf nicht bewerteten Immobilien widerspiegelte.

Deshalb wird die Geschichte der Gesetzgebung bezüglich der Regulierung dieser Problematik einschließlich der Darstellung von unterschiedlichen theoretischen Auslegungen und praktischen Vorgehensweisen von Gerichten bearbeitet. Einführend wird die Umwandlung des Gesellschaftseigentums auf Sachen im Allgemeinen dargestellt, wobei das Hauptziel und der Zweck der Arbeit die komplette Darstellung der Vorgehensweise von den bei der Umwandlung von Gesellschaftsunternehmen nicht bewerteten Sachen und die Beseitigung restlicher Zweifel sind.

Schlüsselwörter: *Umwandlung des Gesellschaftseigentums, Gesellschaftsunternehmen, Privatisierung, touristisches Grundstück, Staatseigentum*

RIASSUNTO

LA TRASFORMAZIONE DELLA PROPRIETÀ SOCIALE SULLE COSE NON STIMATE IN OCCASIONE DELLE TRASFORMAZIONI DELLE AZIENDE SOCIALI

Nel lavoro si tratta della trasformazione della proprietà sociale sulle cose non stimate nella massa del capitale sociale al tempo della trasformazione delle aziende sociali. A processo di trasformazione delle aziende sociali concluso, conformemente alla legge sulla trasformazione delle aziende sociali sia nella teoria, che nella pratica permanevano dei dubbi circa l'acquisto del diritto di proprietà su tali cose. Un tanto si riferiva principalmente all'applicazione della legge sulla privatizzazione, la quale regolava in maniera poco chiara il procedimento di acquisto del diritto di proprietà su tali cose; il che s'è riflettuto per la nella maggiore sul differenziato operato delle corti in occasione dell'iscrizione del diritto di proprietà di immobili non stimati nei libri fondiari.

Pertanto, oggetto di disamina nel presente lavoro è la storia giuridica connessa alla disciplina di detta questione con tanto di illustrazione delle diverse interpretazioni teoriche e dell'operato pratico delle corti. Dapprima si tratta in generale della trasformazione della proprietà sociale sulle cose; mentre il fine ultimo e lo scopo del contributo è di offrire una ricostruzione completa del modo di procedere con le cose non stimate in occasione della trasformazione delle aziende sociali, come pure di rimuovere qualsiasi rimanente dubbio relativo a detta procedura.

Parole chiave: *trasformazione della proprietà sociale, aziende sociali, privatizzazione, terreno turistico, proprietà statale.*

PROGLAŠENJE NESTALE OSOBE UMRLOM U PRAVU FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE, S OSVRTOM NA HRVATSKO PRAVO *DE LEGE LATA* I *DE LEGE FERENDA*¹

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

UDK: 347.172
Ur: 27. siječnja 2014.
Pr.: 14. veljače 2014.
Prikaz

Sažetak

Zakon o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine svakako je zakon koji u pravnoj praksi koristi najširi krug korisnika i propis je kojim se na prostoru Federacije Bosne i Hercegovine cjelovito utvrđuju pravila po kojima sudovi postupaju i odlučuju o osobnim, obiteljskim, imovinskim i drugim pravima i pravnim interesima, koji se po zakonu rješavaju u izvanparničnom postupku, pa i o proglašenju nestalih osoba umrlim. Postupci proglašenja nestalih osoba umrlim pokreću se, između ostalog, i zbog potrebe da se urede razni pravni odnosi povodom smrti neke osobe u kojima je ta osoba za života bila sudionik, čime se vrši i usklađivanje pravnog s faktičkim stanjem. Proglašenje nestale osobe umrlom ima za ona prava u kojima je od značaja činjenica smrti iste one posljedice kao i stvarna (faktička) smrt neke osobe.

U radu je autor ukazao na cilj, materijalno-pravne uvjete i tijekom postupka proglašenja nestale osobe umrlom u bosansko-hercegovačkom pravu, te je na odgovarajućim mjestima dao i usporedbu s rješenjima u hrvatskom pravu de lege lata i de lege ferenda.

Ključne riječi: *izvanparnični postupak, proglašenje nestale osobe umrlom.*

I. UVOD

U postupku proglašenja nestalih osoba umrlih i dokazivanja smrti sud odlučuje o proglašenju nestalih osoba umrlih i o dokazivanju smrti.² Ovi postupci pokreću se, između ostalog, i zbog potrebe da se urede razni pravni odnosi povodom smrti neke osobe (raspravljajna ostavštine, ostvarenja prava na obiteljsku mirovinu i drugih prava temeljem smrti neke osobe) u kojima je ta osoba za života bila sudionik.³ Ovaj

1 Kao predložak za ovaj rad poslužio je dio teksta iz knjige ČIZMIĆ, J. – TAJIĆ, H., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2011.

2 Vidi Zakon o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, broj 2/98., dalje – ZIZVP), čl. 60.

3 Tako ZEČEVIĆ, E., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku sa obrascima za praktičnu primjenu*, Sarajevo, 2001., dalje - ZEČEVIĆ, str. 57.

izvanparnični postupak posebno je značajan kao instrument kojim se vrši usklađivanje pravnog s faktičkim stanjem nakon velikih katastrofa u kojima stradava veliki broj ljudi od kojih se mnogima gubi svaki trag tako da se ne zna gdje su i jesu li živi (ratovi, zemljotresi, veliki požari, poplave, brodolomi i sl.).

Proglašenje nestale osobe umrlom ima za ona prava u kojima je od značaja činjenica smrti iste one posljedice kao i stvarna (faktička) smrt i upisuje se u matične knjige umrlih, čime se ta činjenica javno priopćava. Ove posljedice sastoje se u tome kao da je ta osoba umrla prirodnom smrću. U imovinsko-pravnom smislu smatra se da je osobnost osobe proglašene umrlom prestala, tako da se za nju ne može vršiti nikakvo pravno stjecanje, njegova nenasljeđiva imovinska prava se gase, a nad preostalim imovinom se otvara nasljeđivanje. U nasljednom pravu pravomoćno rješenje kojim je određena osoba proglašena umrlom vodi k otvaranju nasljeđa i dalje u ostavinski postupak. Zahtjevi trećih osoba koji su uvjetovani njegovom smrću oživljavaju, tj. postaju potpuni, primjerice, slučaj sa sumom iz osiguranja života ili mirovine za udovicu. Suprotno, njegovom smrću (proglašenjem za umrlom) neki pravni odnosi prestaju, primjerice brak, tako da drugi supružnik može stupiti u brak, prestaju punomoći dane drugim osobama i dr.⁴

U postupku u kome se odlučuje o osobnim i obiteljskim stanjima sudionika **javnost** je isključena, osim u postupku proglašenja nestalih osoba umrlim i dokazivanja smrti (ZIZVP, čl. 9. st. 2.). S obzirom na prirodu i značaj odnosa o kojima se raspravlja u statusnim stvarima razumljivo je da je javnost tijekom cijelog postupka u tim stvarima isključena jer se time jamči i ostvaruje nužna diskrecija, što je ujedno i zakonska pretpostavka za vođenje važećeg postupka i odlučivanje suda. Iako se u postupku proglašenja nestalih osoba umrlim i dokazivanja smrti odlučuje o osobnim i obiteljskim stanjima sudionika, ZIZVP iznimno dopušta javnost u tim postupcima, jer je javnost, odnosno ograđivanje u tim postupcima pravna pretpostavka za donošenje važeće odluke i time se ne narušava načelo tajnosti postupka.

2. Više je razloga zbog kojih bi hrvatskoj pravnoj javnosti bilo zanimljivo i korisno saznati kako je institut proglašenja nestale osobe umrlom uređen u bosanskohercegovačkom pravu.

U Hrvatskoj se u 2013. godini traga(lo) za 2500 ljudi, a najveći broj evidentiranih nestalih osoba odnosi(o) se na osobe nestale tijekom Domovinskog rata, oko 72%.⁵ U posljednjih deset godina u Hrvatskoj je prijavljeno 18.953 nestanaka osoba, a u istom vremenskom razdoblju razriješeno je 17.277 slučajeva. Na godišnjoj razini brojka prijavljenih nestanaka kreće se oko 1500 ljudi, od čega su u 2012. godini 54 osobe pronađene mrtve, dok najstarija prijava datira iz 1961. godine. Prema dosadašnjoj policijskoj praksi razlozi nestanka su brojni i različiti, od narušenih obiteljskih odnosa,

4 U pravnoj teoriji je sporno ima li sudska odluka kojom je jedna osoba proglašena umrlom konstitutivni ili deklaratorni učinak. Pristalice konstitutivnog shvaćanja sudske odluke uzimaju dan proglašenja umrlom kao dan smrti, dok pristalice deklaratornog shvaćanja, koje je pretežito, sudske odluke daju deklaratorni smisao i kao dan smrti uzimaju dan kada su ispunjeni zakonski uvjeti za pretpostavku smrti (MILJEVIĆ, N. i dr., *Modul 8, Građanska oblast - Vanparnični postupak*, Sarajevo, 2006., dalje - MILJEVIĆ, str. 46.).

5 Podatak na stranici <http://djh.hrt.hr/posebni-projekti/452-emisija/dnevne-najave-21/7116-nacionalna-evidencija-nestalih-osoba>.

financijskih problema, iznenadnog duševnog oboljenja, nesreća kod alpinizna, ribarenja, speleoloških poduhvata, bolesti i dr. No, kada su u pitanju djeca njihovi razlozi bijega su avanturizam, mladenački bunt, neuspjeh u školi, a ako maloljetna osoba pobjegne iz odgojne ustanove problem može biti loša prilagodba, izbjegavanje izrečene odgojne mjere, utjecaj vršnjačke grupe ili poremećaj ponašanja.⁶

Hrvatsko izvanparnično procesno pravo čine pravna pravila Zakona o vanparničnom postupku od 24. srpnja 1934. (dalje - **ZVPH**) koja se primjenjuju u nekim slučajevima, ali i niz zakona primarno materijalnopravnog karaktera koji sadržavaju i postupovne odredbe: Obiteljski zakon, Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, Zakon o nasljeđivanju, Zakon o proglašenju nestalih osoba umrlima i dokazivanju smrti, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o izvlaštenju, Zakon o mjenici i Zakon o izdavanju i prometu vrijednosnim papirima. Zakonski temelj izvanparničnog prava u širem smislu čine odredbe Ovršnog zakona, Stečajnog zakona i Zakona o zemljišnim knjigama. Odredbe ZVP-a iz 1934. primjenjuju se u ograničenom opsegu. To se osobito odnosi na opća pravila zakona koja bi trebala biti temelj i okvir svih posebnih izvanparničnih postupaka.⁷

Što se proglašenja nestalih osoba umrlim tiče, uvjeti i postupak proglašenja nestalih osoba umrlim još uvijek su uređeni zasebnim Zakonom o proglašenju nestalih osoba umrlima i dokazivanju smrti („Narodne novine“, broj 10/74, dalje - **ZIZVPH**) iz daleke 1974. godine. Sve to ukazuje da su pravni izvori kojima se uređuje ovaj institut dobro zastarjeli i da su nužne njihove izmjene i dopune, odnosno donošenje novoga Zakona o izvanparničnom postupku. U Hrvatskoj se već (pre)više godina radi na izradi nacrtu Zakona o izvanparničnom postupku, a u posjedu smo (nedovršene) zadnje verzije nacrtu Zakona o izvanparničnom postupku koji je izradila radna skupina (dalje – **NZIZVPH**).

Treba reći da na području Bosne i Hercegovine pravno uređenje instituta proglašenja nestale osobe umrlom ima dugu tradiciju i bogatu sudsku praksu, što svakako može biti korisna hrvatskom zakonodavcu i sudovima, posebno jer je institut (*de lege lata*) u obje države uređen vrlo slično. S druge strane, radi se o susjednim državama pa je zbog toga moguće da se nestanci osoba državljana jedne države dogode na području druge države (rat, turistički boravak, sezonski rad i sl.) pa se stoga na području druge države mogu nalaziti dokazna sredstva, odnosno da se na području druge države nalaze i neke osobe koje imaju pravni interes za pokretanje postupka proglašenja nestale osobe umrlom. Također, veliki dio državljana ima dvojno državljanstvo, pa time i dva prebivališta/boravišta, što otvara mogućnost da se kod nestanka takve osobe može pojaviti mogućnost svojevrzne (međunarodne) izberive nadležnosti.⁸

6 Podatak na stranici <http://www.svijetsigurnosti.com/blogs/1630-u-hrvatskoj-se-godisnje-prijavi-nesanak-1500-osoba#sthash.zUKLWny.dpuf>.

7 Jedna od specifičnosti razvitka hrvatskoga izvanparničnog postupka je da Hrvatska, za razliku od svih republika i pokrajina bivše SFR Jugoslavije, jedina nije donijela Zakon o izvanparničnom postupku. Pravila ZVP-a stara gotovo sedamdeset godina ne mogu biti kvalitetan i dostatan okvir i temelj za izvanparnično postupanje. Tako i više o tome kod A. MAGANIĆ, *Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci v. 27, br. 1, 465-497 (2006).

8 Prema odredbama čl. 78. Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u

II. PRETPOSTAVKE ZA PROGLAŠENJE NESTALE OSOBE UMRLOM

1. Kao nestali (odsutni) smatra se svaki onaj čije je boravište nepoznato.⁹ Odredbom čl. 61. ZIZVP-a regulirani su uvjeti kojima se nestala osoba može proglasiti umrlom. Iako je ZIZVP propis procesne naravi, u ovom članku taksativno se navode razlozi na temelju kojih se neka osoba može proglasiti umrlom, dakle ZIZVP sadrži i materijalno-pravne odredbe.

Tako ZIZVP u čl. 61. st. 1. određuje da će se umrlom osobom proglasiti:

a) Osoba o čijem životu u zadnjih pet godina nije bilo nikakvih vijesti, a od njezinog je rođenja proteklo najmanje šezdeset godina;

b) Osoba o čijem životu zadnjih pet godina nije bilo nikakvih vijesti, a vjerojatno je da više nije živa.

Točka b) odnosi se na širi spektar mogućnosti nestanka neke osobe od nestalih osoba iz točke a), a uvjet za njezino proglašenje umrlom je da o njoj i o njezinom životu nije bilo nikakvih vijesti posljednjih pet godina (prije pokretanja postupka), kao i da postoje druge okolnosti koje čine vjerojatnim da ta osoba više nije živa (primjerice, prije osam godina kada se posljednji put javila, bila je teško bolesna, ili pored rijeke, jezera, ponora i sl., gdje je posljednji put viđena nađena je njezina odjeća, ili ju je odvela strana nepoznata osoba koja je iskazivala ozbiljnu prijetnju prema njoj i dr.).¹⁰

ZIZVPH predviđa identične uvjete za proglašenje nestale osobe umrlom. Međutim, NZIZVPH-om se razmatra mogućnost prema kojoj se neka osoba može proglasiti umrlom onda ako o njezinom životu nije bilo nikakvih vijesti za posljednjih pet godina, a od njezinog je rođenja proteklo sedamdeset godina. Za pretpostaviti je da je *ratio* zakonodavca kod određivanja uvjeta „od rođenja proteklo najmanje šezdeset godina“, bio u prosječnom trajanju života u vrijeme kad je takav propis donesen, koji je bio u granicama koje su navedene u ZIZVPH-u. Međutim, u međuvremenu je granica doživljavanja znatno pomaknuta pa sada, prema podacima Državnog zavoda za statistiku Republike Hrvatske,¹¹ očekivano trajanje života pri rođenju iznosi za žene 79, 6 godina, a za muškarce 73, 5 godina.

Usto, možda bi trebalo razmisliti i o skraćivanju rokova iz točaka a) i b) od 5 godina na 3 godine. Vjerojatno je da su rokovi od 5 godina bili primjereni u trenutku kad je ZIZVPH bio donesen. Međutim, danas su sredstva komunikacije i mogućnosti

određenim odnosima Republike Hrvatske i Bosne i Hercegovine, sud Republike Hrvatske i sud Bosne i Hercegovine isključivo je nadležan za proglašenje nestalog državljanina Republike Hrvatske, odnosno Bosne i Hercegovine umrlim bez obzira na to gdje je imao prebivalište.

9 Vidi ŽILIĆ, F. – ŠANTEK, M., *Zakon o sudskom vanparničnom postupku (Vanparnični postupak)*, Zagreb, 1934., dalje – ŽILIĆ, str. 606.

10 U tom je smislu (starija) sudska praksa zauzela stajalište da je „za provođenje postupka za proglašenje nestalog za umrlom dovoljno da je nestali svoju odluku da će si oduzeti život dao pod okolnostima koje ne daju povoda dvojiti u ozbiljnost odluke“ (14. XII. 1898. GUNF- 1226., ŽILIĆ, str. 611.). S druge strane, nije dovoljna za provođenje ovoga postupka jednostrana izjava o samoubojstvu (usmrtnoj nakani) stvorenoj povodom osumnjičenja zbog krađe“ (10. XII. 1903. GUNF- 2905., ŽILIĆ, str. 611.).

11 Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, *Žene i muškarci u Hrvatskoj 2012.*, Zagreb, 2012., str. 11.

saznanja „vijesti“ o nestalim osobama neslućeno uznapredovala i razvila se u odnosu na vrijeme kada je ZIZVPH donesen pa bi bilo primjerenije odrediti rok u trajanju od tri godine. U prilog tomu govori i nužnost bržeg rješavanja imovinsko-pravnih i statusnih stvari nakon nestale osobe, posebno ako su u pitanju djeca.

c) Osoba koja je nestala u brodolomu, prometnoj nesreći, požaru, poplavi, zemljotresu ili u kakvoj drugoj neposrednoj smrtnoj opasnosti, a o čijem životu nije bilo nikakvih vijesti šest mjeseci od dana prestanka takve opasnosti u kojoj se ta osoba našla.

d) Osoba koja je nestala tijekom rata ili u vezi s ratnim događajima, a o čijem životu nije bilo nikakvih vijesti godinu dana od dana prestanka neprijateljstava.

Pojam rata treba se shvatiti u općoj upotrebi govora, a ne u međunarodnom značenju. Rat je prema tome i gušenje ustanka u zemlji. Neodlučno je na čijoj strani ta osoba sudjeluje u ratu.¹² U odnosu na uvjete iz točki c) i d), vidljivo je da se radi o izvanrednim situacijama koje predstavljaju opasnost za život. Zbog toga su propisani relativno kraći rokovi od prestanka takvih opasnosti za pokretanje postupka za proglašenje nestalih osoba umrlim od onih iz točaka a) i b).

Odredbe ZIZVPH-a i NZIZVPH-a identične su odredbama ZIZVP-a. Možda bi u predstojećoj reformi hrvatskoga izvanparničnog postupka trebalo razmisliti i o redefiniranju sintagme „osoba koja je nestala u toku rata ili u vezi s ratnim događajima“, a posebno onoga dijela koji govori o „danu prestanka neprijateljstava“. Naime, razvidno je da se danas početak i prestanak „neprijateljstava“ i ratova u pravilu ne odvija u skladu s propisima međunarodnog ratnog prava, pa je teško i odrediti datum „prestanka neprijateljstava“ od kojega bi trebao početi teći rok od godinu dana. Najbolji primjer za to su Domovinski rat i oružani sukobi u BiH. S druge strane ova sintagma nije više u potpunosti ni sadržajno aktualna i odgovarajuća, jer su „neprijateljstva“ poprimila potpuno drukčije oblike s obzirom na način sukobljavanja, motive, uključene strane, područje sukoba, pa i na osobe nestale u takvim događanjima. Svakako bi trebalo uzeti u obzir i činjenicu da veliki broj osoba nestaje nasilnim putem u terorističkim akcijama, politički motiviranim otmicama, državnim udarima i sl.

2. Rokovi iz toč. a) i b) od 5 godina, u slučaju nestanka osoba o čijem životu u zadnjih pet godina nije bilo nikakvih vijesti, a od njezinoga je rođenja proteklo najmanje šezdeset godina, odnosno osoba o čijem životu zadnjih pet godina nije bilo nikakvih vijesti, a vjerojatno je da više nije živa, **računaju se** od dana kad je prema posljednjim vijestima nestala osoba nesumnjivo bila živa, a ako se taj dan ne može točno utvrditi, ti rokovi počinju teći istekom mjeseca, odnosno godine u kojoj je nestala osoba prema posljednjim vijestima bila živa (ZIZVP, čl. 61. st. 2.). Dakle, navedeni rokovi od 5 godina računaju se od dana kada je prema potvrđenim vijestima ta osoba nesumnjivo još bila u životu, odnosno **od kraja** onoga mjeseca, odnosno kalendarske godine u kojoj je nestala osoba po posljednjim vijestima bila živa.¹³

¹² Usp. ŽILIĆ, str. 608.

¹³ U tom smislu, ako je više svjedoka vidjelo nestalu osobu, primjerice tijekom mjeseca srpnja 1956. godine, ali se ne može sa sigurnošću utvrditi kada je posljednji put viđena, rok od pet godina teče od završetka tog mjeseca, tj. od 1. lipnja 1956. godine. Usp. TODOROVIĆ, V. – KULIĆ, R., *Nasledno pravo i vanparnični postupak u praksi*, Beograd, 2004., dalje - TODOROVIĆ, str. 463.)

NZIZVP-om se nastoji ispraviti nelogičnost propisana odredbama čl. 1. st. 2. ZIZVPH-a, prema kojoj se navedeni rokovi računaju od dana kad je „po posljednjim vijestima nestala osoba nesumnjivo bilo živa, ali ako se taj rok ne može točno utvrditi, rok počinje teći **početkom** mjeseca, odnosno godine u kojoj je nestala osoba po posljednjim vijestima bila živa“. NZIZVPH-om se predviđa da navedeni rokovi ipak počinju teći **završetkom** mjeseca, odnosno godine u kojoj je nestala osoba prema posljednjim vijestima bila živa, jer ako je nestala osoba, primjerice, zadnji put viđena tijekom mjeseca, tada je zasigurno pogrešno utvrditi kao datum njezine smrti prvi dan u tom mjesecu.

Smatra se da bi se prijedlog mogao podnijeti i prije proteka rokova iz čl. 61. st. 1. ZIZVP-a (5 godina, 12 mjeseci, odnosno 6 mjeseci), ali da se rješenje o proglašenju nestale osobe umrlom ne bi moglo donijeti dok ne proteknu ti rokovi.¹⁴ Takvo je rješenje predviđeno i odredbom čl. 2. st. 3. ZIZVPH-a i NZIZVPH-om.

III. NADLEŽNOST ZA VOĐENJE POSTUPKA

Odredbom čl. 63. ZIZVP-a propisuje se nadležnost suda za vođenje postupka proglašenja nestalih osoba umrlim. Tako je određeno da je za proglašenje nestale osobe umrlom i za dokazivanje smrti (mjesno) nadležan sud na čijem je području ta osoba imala posljednje prebivalište, a ako nije imalo prebivalište, sud na čijem je području ta osoba imala posljednje boravište.¹⁵

Ovakvo rješenje u skladu je s općom odredbom o nadležnosti u postupcima u kojima se odlučuje o osobnim stanjima sudionika (v. ZIZVP, čl. 13. st. 1.). Naime, pravila po kojima sudovi postupaju i odlučuju o osobnim, obiteljskim, imovinskim i drugim pravima i pravnim interesima, a koji se po zakonu rješavaju u izvanparničnom postupku, utvrđena su ZIZVP-om. U tom smislu **opća mjesna nadležnost** za vođenje izvanparničnog postupka uređena je odredbama čl. 13. ZIZVP-a.¹⁶ Tako je odredbom st. 1. određeno da je u postupcima u kojima se odlučuje o osobnim i obiteljskim stanjima sudionika, mjesno nadležan sud na čijem području osoba u čijem se interesu postupak vodi ima prebivalište, a ako nema prebivalište, onda sud na čijem području

¹⁴ *Ibid.*, str. 464.

¹⁵ Prema stajalištu sudske prakse, „za proglašenje nestale osobe umrlom i za dokazivanje smrti nadležan je sud na čijem području je ta osoba imala posljednje prebivalište, a ako nije imalo prebivalište, sud na čijem području je ta osoba imala posljednje boravište“ (VSH, Gr- 227/95, od 12. srpnja 1995., SP- 5/97.); „Nije dopušteno dokazivanje smrti stranog državljanina i osobe bez državljanstva ako predlagatelj ne učini vjerojatnim da je takva osoba umrla na teritoriju Republike Hrvatske“ (VSH, Gzz- 69/96 od 23. siječnja 1997., Informator broj 4581. od 31. siječnja 1998., str. 4.).

¹⁶ Što se **stvarne nadležnosti** tiče, kao i u parničnom postupku, izvanparničnu jurisdikciju vrše redovni sudovi koji se uređuju federalnim i kantonalnim zakonodavstvom, a prema zakonodavstvu kantona u Federaciji BiH stvarnu nadležnost u svim izvanparničnim stvarima vrše općinski sudovi, preko suca pojedinca, a samo iznimno u vijeću (kada je to izričito, u određenim izvanparničnim stvarima, predviđeno zakonom. Vidi BAJRIĆ, S., *Razvoj vanparničnog postupka u Bosni i Hercegovini s posebnim osvrtom na vanparničnu proceduru u FBiH*, Pravna misao, Sarajevo, 2009., broj 11-12, str. 84.

ta osoba ima boravište, svakako ako zakonom nije drugačije određeno. Primjerice, drukčije je uređeno u odredbi čl. 63. ZIZVP-a, prema kojoj je u postupku proglašenja nestalih osoba umrlim i za dokazivanje smrti mjesno nadležan sud na čijem je području takva osoba imala posljednje prebivalište, odnosno boravište. Svakako, u ovom slučaju neće postojati iznimka u odnosu na odredbu st. 1. čl. 13. ZIZVP-a, ako je osoba čije se proglašenje umrlim traži, odnosno za koju se traži dokazivanje smrti, imala prebivalište ili boravište u istom mjestu u kojemu su prebivalište, boravište ili sjedište imale fizička ili pravna osoba, odnosno zainteresirano tijelo koji su podnijeli prijedloge za pokretanje navedenih postupaka.

Jednako rješenje propisano je odredbom čl. 3. ZIZVPH-a, a predviđeno je i odredbama NZIZVPH-a.

Prema odredbi st. 1. čl. 16. ZIZVP-a, u izvanparničnom postupku u prvom stupnju odlučuje **sudac pojedinac**, ako zakonom nije drugačije određeno. Člankom 1. Zakona o dopuni Zakona o izvanparničnom postupku («Službene novine Federacije BiH», br. 73/05., Objavljen 15. 12. 2005.), u članku 16. iza stavka 2. dodani su novi stavci 3. i 4., prema kojima u postupcima proglašenja nestalih osoba umrlim i dokazivanja smrti može postupati i odlučivati **stručni suradnik**. Štoviše, u navedenim postupcima stručni suradnik može poduzimati sve radnje za koje je ZIZVP-om predviđeno da ih poduzima sudac pojedinac. Ova je izmjena bila nužna kako bi se ZVP uskladio sa Zakonom o sudovima u F BiH („Službene novine F BiH“, broj 38/05.), budući da je u čl. 43. spomenutog Zakona o sudovima regulirano da stručni suradnik (diplomirani pravnik s položenim pravosudnim ispitom) može postupati i odlučivati, između ostalog, u izvanparničnim stvarima, pod zakonom određenim uvjetima. Ovom se dopunom nastojalo poboljšati učinkovitost rada sudova na rješavanju manje složenih predmeta, koji ne zahtijevaju angažiranje sudaca.¹⁷

I u hrvatskom pravu sudski savjetnici i viši sudski savjetnici sudjeluju u suđenju i ovlaštene su samostalno provoditi određene sudske postupke, ocjenjivati dokaze i utvrđivati činjenice. Tako su sudski savjetnici, odnosno viši sudski savjetnici ovlaštene, među ostalim, i na provođenje postupka i predlaganje nacрта odluka u izvanparničnim postupcima, osim u postupcima oduzimanja poslovne sposobnosti, razvrgnuća suvlasničke zajednice, uređenja međa i postupcima prema Obiteljskom zakonu (arg. **Zakon o sudovima, Narodne novine, broj 28/13.**, čl. 110. st. 4. toč. 8.).

IV. OSOBE OVLAŠTENE ZA PODNOŠENJE PRIJEDLOGA

1. Prijedlog za proglašenje nestale osobe umrlom ovlaštene su podnijeti svaka fizička i pravna osoba koja za to ima pravni interes, kao i zainteresirani organ (ZIZVP, čl. 64. st. 1.).

Neposredni pravni interes imaju prije svega osobe na koje trenutkom smrti neke osobe prelaze prava i obveze koje se mogu naslijediti. To su uglavnom srodnici te osobe, odnosno mogući nasljednici i legatari nestale osobe, ali i svaka druga osoba koja može učiniti vjerojatnim da ima pravni interes za pokretanje postupka (poslovni

¹⁷ Usp. Vladino *Obrazloženje Zakona o dopuni Zakona o vanparničnom postupku* iz kolovoza 2005., str. 4.

partner koji želi odijeliti svoj dio imovine od imovine nestale osobe i sl.).

Prijedlog mogu podnijeti i pravne osobe, ako imaju pravni interes. Postupak mogu pokrenuti i zainteresirani organi, primjerice javno tužiteljstvo, organ starateljstva i dr. Postoji mišljenje da za podnošenje prijedloga oni moraju imati neki interes, a ne traži se da to bude pravni interes.¹⁸ Tako postupak može pokrenuti javni tužitelj ako to zahtijeva interes zakonitosti (javni interes), kao što postupak može pokrenuti i javni pravobranitelj ako je u pitanje imovinski interes društvene zajednice. Postupak, međutim, ne može po službenoj dužnosti pokrenuti sam sud.¹⁹

V. SADRŽAJ PRIJEDLOGA

1. Prijedlog za proglašenje nestale osobe umrlom i prijedlog za dokazivanje smrti treba sadržavati posebno: naziv suda, ime i prezime osobe za koje se predlaže da se proglasi umrlom, odnosno čiju smrt treba dokazati, datum rođenja i posljednje prebivalište, odnosno boravište te osobe, činjenice na kojima se zasniva prijedlog, dokaze kojima se utvrđuju te činjenice, pravni interes predlagatelja za podnošenje prijedloga, ime i prezime, odnosno naziv predlagatelja i njegovu adresu (ZIZVP, čl. 64. st. 2.).

Podaci koje treba sadržavati prijedlog za proglašenje nestale osobe umrlom nisu navedeni taksativno, pa predlagatelj može navesti i druge podatke i priložiti i druge isprave ako smatra da bi to moglo pridonijeti usvajanju njegova prijedloga. Tako, osim podataka i isprava navedenih u st. 2. ovoga članka, potrebno je u prijedlogu za proglašenje nestale osobe umrlom navesti vrijeme kada je nestali bio nesumnjivo živ, kako bi se moglo utvrditi da je proteklo propisano vremensko razdoblje za podnošenje prijedloga. Nestala osoba mora se identificirati prema priloženim pismenim ispravama (izvod iz matične knjige rođenih, vjenčanih, razna uvjerenja i dr.), a u prijedlogu se mora naznačiti dan kada je, po posljednjim vijestima, nestali nesumnjivo bio živ, a ako to nije moguće mora se naznačiti mjesec kada je nestali bio živ da bi se ocijenila blagovremenost, odnosno dopuštenost podnesenog prijedloga.²⁰ Predlagatelj također može predložiti pribavljanje dokaza od drugih osoba ili izvođenje drugih dokaza.

Pored bitnih podataka za donošenje odluke u prijedlogu treba posebno navesti u čemu se sastoji **konkretni pravni interes** predlagatelja da se nestala osoba proglasi umrlom. Primjerice, da je predlagatelj zakonski nasljednik nestale, odnosno umrle osobe nakon koje je ostala određena imovina koju čini ostavštinu te osobe i da nije moguće provesti ostavinski postupak dok se ova osoba ne proglasi umrlom; ako prijedlog podnosi bračni drug treba podnijeti izvod iz matične knjige vjenčanih i sl.²¹

2. Dok u st. 2. čl. 64. ZIZVP-a sastojke prijedloga za proglašenje nestale osobe umrlom ZIZVP navodi primjerice, a ne taksativno, u st. 3. čl. 64. ZIZVP-a izrijekom je propisano da predlagatelj uz prijedlog za proglašenje nestale osobe umrlom mora

18 Vidi ZEČEVIĆ, str. 60.

19 Tako KAMHI, S., *Vanparnični postupak*, Sarajevo, 1968., dalje - **KAMHI**, str. 60.

20 Usp. RISTIĆ, V. – RISTIĆ, M., *Priručnik za praktičnu primenu Zakona o vanparničnom postupku*, Beograd, 1985., dalje - **RISTIĆ**, str. 103.

21 Tako TODORVIĆ, str. 465.

podnijeti i izvod iz matične knjige rođenih za osobu za koju se podnosi prijedlog.

Izvod iz matične knjige rođenih je značajan, među ostalim, kako bi se sa sigurnošću utvrdili podaci o nestaloj, odnosno umrloj osobi koji mogu biti značajni za utvrđivanje određenih činjenica u ovim postupcima. Prvenstveno bi sud na temelju tog izvoda trebao utvrditi istovjetnost osobe čije se proglašenje za umrlu traži. Time se nedvojbeno utvrđuje i datum rođenja, odnosno starost te osobe, što je značajno kod utvrđivanja materijalno-pravnih uvjeta za vođenje ovoga postupka, koji se odnose na protek 60 godina od rođenja nestale osobe i sl.

Za razliku od odredbe čl. 2. st. 4. ZIZVPH-a, u NZIZVPH-u je sadržaj prijedloga za proglašenje nestale osobe umrlom detaljno razrađen na način da prijedlog treba sadržavati: podatke o imenu i prezimenu, odnosno nazivu predlagatelja i njegovoj adresi, podatke o imenu i prezimenu te datumu rođenja osobe proglašenja umrlom koje se predlaže, kao i o njezinom posljednjem prebivalištu, odnosno boravištu, tvrdnje o činjenicama na kojima se zasniva prijedlog i prijedloge o dokazima kojima se potkrijepljuju te tvrdnje. Usto, ako postupak nije pokrenuo državni odvjetnik, prijedlog treba sadržavati i navode o činjenicama kojima se opravdava pravni interes predlagatelja za proglašenje nestale osobe za umrlu te prijedloge o dokazima kojima će se ti navodi učiniti vjerojatnim. Uz prijedlog treba, ako je to moguće, priložiti, između ostalog, i izvadak iz matice rođenih za osobu za koju se predlaže proglašenje smrti.

VI. PRETHODNI POSTUPAK

1. Odredbama čl. 65. ZIZVP-a određuju se radnje koje sud treba poduzeti nakon što zaprimi prijedlog za pokretanje postupka za proglašenje nestale osobe umrlom.

Nakon što sud zaprimi prijedlog za proglašenje nestale osobe umrlom ili prijedlog za dokazivanje smrti, treba, po potrebi, saslušati predlagatelje i svjedoke, pribaviti potrebne podatke i izvještaje i zatražiti od organa starateljstva da osobi na koju se prijedlog odnosi odredi **staratelja** (ZIZVP, čl. 65. st. 1.).

Sud je dužan po službenoj dužnosti poduzimati mjere radi zaštite prava i pravnih interesa nestale, odnosno umrle osobe, pa je tako dužan i obavijestiti općinski organ uprave nadležan za poslove starateljstva o pokretanju postupka proglašenja nestale osobe umrlom ili dokazivanja smrti, pozivati ga na ročišta i dostavljati mu podneske sudionika i rješenja protiv kojih je dopušten pravni lijek, bez obzira sudjeluje li organ starateljstva u postupku. Kad smatra da je to potrebno, sud će pozvati organ starateljstva da sudjeluje u postupku i odrediti mu rok u kome može prijaviti svoje sudjelovanje. Sud će zastati s postupkom za vrijeme dok ovaj rok ne istekne, ali organ starateljstva svoje pravo da sudjeluje u postupku može koristiti i poslije proteka tog roka (arg. ZIZVP, čl. 5.). Organ starateljstva koji sudjeluje u postupku može poduzimati sve radnje u postupku radi zaštite prava i pravnih interesa nestale ili umrle osobe, a osobito iznositi činjenice, predlagati izvođenje dokaza i izjavljivati pravne lijekove (arg. ZIZVP, čl. 6.).

Na postupak saslušanja predlagatelja i svjedoka te pribavljanja podataka i izvještaja treba shodno primijeniti odredbe Zakona o parničnom postupku Federacije

Bosne i Hercegovine (arg. ZIZVP, čl. 2. st. 2.).

2. Ako, pak, sud ocijeni da nisu ispunjeni uvjeti da se postupak pokrene, treba donijeti rješenje kojim će se prijedlog **odbaciti** (ZIZVP, čl. 65. st. 2.). Ako iz prijedloga jasno proizlazi da predlagatelj nije ovlašten podnijeti zahtjev, sud će taj prijedlog *a limine* odbaciti i ne može predlagatelja uputiti na parnicu radi ustanovljenja pravnog interesa za proglašenje nestalog za umrlog, već i to pitanje treba riješiti u izvanparničnom postupku.²² Sud će, primjerice, tako odlučiti ako utvrdi da nije nadležan (ZIZVP, čl. 63.), da predlagatelj nema pravni interes (ZIZVP, čl. 64. st. 1.), da je prijedlog neuredan (ZIZVP, čl. 64.).

VII. OGLAS

1. Kada sud ocijeni da su ispunjeni uvjeti za pokretanje postupka, treba objaviti u Službenim novinama Federacije BiH **oglas** da je postupak pokrenut. U oglasu o pokretanju postupka za proglašenje nestale osobe umrlom, navest će bitne okolnosti na kojima se prijedlog temelji, nestalu osobu treba pozvati da se javi sudu, a ostale osobe kojima su poznati bilo kakvi podaci o životu ili smrti nestalog treba pozvati da to jave sudu **u roku od tri mjeseca** od dana objavljivanja oglasa (ZIZVP, čl. 65. st. 3.). U oglasu bi trebalo staviti i napomenu da će sud nakon isteka tromjesečnog roka od objavljivanja oglasa nastaviti postupak i odlučiti o prijedlogu. Kao „bitne okolnosti na kojima se prijedlog temelji“²⁴ smatraju se u prvom redu podaci za utvrđenje identiteta nestalog, a to su: ime i prezime, starost, zvanje, mjesto rođenja, zavičajna općina, mjesto prebivališta ili boravišta, u koliko je moguće osobni opis nestalog, kod vojnih osoba čin i vojna jedinica, mjesto i vrijeme ulaska u vojsku, zadnja vojna pošta itd. Nadalje su bitne okolnosti pod kojima je odsutnik nestao, primjerice vrijeme i mjesto događaja prije nestanka nestanka. Važne su i okolnosti i podaci o tome kada i od kuda su bile posljednje vijesti o životu nestalog.²³

Ako predlagatelj ne položi **predujam** potreban za objavljivanje oglasa, trebalo bi smatrati da je prijedlog povučen. Pri određivanju dužnosti da predlagatelj položi predujam potrebno mu je ukazati na posljedicu u slučaju da ne položi predujam. Nema zapreke da se prijedlog ponovo podnese.

VIII. PRIKUPLJANJE DOKAZA I DONOŠENJE ODLUKE

1. Odredbama čl. 66. st. 1. ZIZVP-a određuju se radnje koje sud treba poduzeti nakon što proteknu rokovi označeni u oglasima o pokretanju postupka za proglašenje nestale osobe umrlom.

Po isteku tromjesečnog roka označenog u oglasu u kojemu se nestala osoba ili ostale osobe kojima su poznati bilo kakvi podaci o životu ili smrti nestalog trebaju javiti sudu, odnosno roka od 30 dana u kojemu se sudu trebaju javiti osobe koje nešto znaju o umrlom, sud treba saslušati staratelja, a po potrebi i predlagatelja i nakon što provede i druge dokaze, dužan je odlučiti o prijedlogu (ZIZVP, čl. 66. st. 1.).

²² Vidi ŽILIĆ, str. 612.

²³ *Ibid.*, str. 613.

Možemo kazati da se radi o rokovima koji imaju obilježja, tzv. instrukcijskih ili monitornih rokova (njihovo propuštanje ne dovodi do štetnih posljedica pa sud nakon njihova proteka nastavlja postupak, iako se nije javila niti jedna od pozvanih osoba), odnosno, tzv. dilatornih rokova (sud, u pravilu, ne može nastaviti s postupkom prije proteka navedenih rokova).

S obzirom na to da se navedeni oglasi, osim u Službenim novinama F BiH, mogu objaviti i putem drugih medija (primjerice, novine, oglasna ploča suda i sl.), može se dogoditi da je rok od tri mjeseca u Službenim novinama F BiH protekao, a da nije protekao rok od dana objavljivanja oglasa u drugim glasilima, odnosno objavljivanja na drugi način. Ta činjenica ne bi trebala utjecati na daljnji tijek postupka jer je za sud značajno samo je li protekao rok objave oglasa iz Službenih novina F BiH.

2. Ako sud utvrdi da nisu ispunjeni uvjeti da se nestala osoba proglasi umrlom, dužan je donijeti rješenje kojim se odbija prijedlog (ZIZVP, čl. 66. st. 2.). Sud će, primjerice, odbiti prijedlog za proglašenje nestale osobe umrlom, odnosno za dokazivanje smrti, ako utvrdi da nisu ispunjeni materijalno-pravni uvjeti iz čl. 61. st. 1. ZIZVP-a ili ako utvrdi da je nestala osoba živa. U tom smislu sud može donijeti rješenje kojim se odbija prijedlog i prije proteka roka označenog u oglasu, ako se tijekom oglasnog roka javi osoba na koju se odnosi prijedlog ili se na drugi način utvrdi da je ta osoba živa.²⁴

IX. UTVRĐIVANJE VREMENA SMRTI

1. Odredbama čl. 67. ZIZVP-a određuju se pravila za utvrđivanje vremena smrti nestale osobe. Sud je dužan u rješenju kojim se nestala osoba proglašava umrlom, odnosno kojim se utvrđuje smrt, naznačiti dan, mjesec i godina, a po mogućnosti i sat koji se treba smatrati kao vrijeme smrti nestale osobe (ZIZVP, čl. 67. st. 1.).²⁵

S obzirom na to da se proglašenjem nestale osobe umrlom otklanja neizvjesnost u pogledu činjenice smrti, potrebno je da postupak bude učinkovit, ali da se pri tomu s najvećim stupnjem izvjesnosti utvrdi činjenica smrti odnosno dan i sat nastupanja smrti.²⁶ Proglašenje nestale osobe umrlom ima za posljedicu isti pravni učinak kao i smrt, te je od izuzetno važno u rješenju precizirati datum, a ako je moguće i sat, pa čak i minutu pretpostavljene smrti neke osobe (primjerice, smrću prestaje pravni subjektivitet fizičke osobe, otvaraju se pitanja nasljeđivanja, eventualne naknade štete, ostvarivanje prava iz osiguranja, prestanka braka i dr.).²⁷ Pretpostavka uz koju je izrečeno proglašenje mrtvim djeluje u korist i na štetu svakoga, a ne samo predlagatelja.²⁸

24 Tako ZEČEVIĆ, str. 61.

25 Smatramo redakcijskim propustom činjenicu da u st. 1. čl. 67. ZIZVP-a, na kraju rečenice nije navedeno da je sud dužan u rješenju kojim se utvrđuje smrt navesti dan, mjesec i godina, a po mogućnosti i sat koji se ima smatrati kao vrijeme smrti „osobe čija se smrt dokazuje“, jer se postojeća sintagma „nestale osobe“ odnosi samo na rješenje kojim se nestala osoba proglašava umrlom.

26 Usp. RISTIĆ, str. 100.

27 Vidi TODOROVIĆ, str. 470.-471.

28 Tako ŽILIĆ, str. 615.

2. ZIZVP u čl. 67. st. 2. precizira na koji će se način, u slučaju nedostatka egzaktnih podataka, utvrditi dan smrti nestale osobe, što je posebno značajno onda kada se svjedoci ne sjećaju ili se ne slažu oko datuma smrti, odnosno kada o tomu postoje proturječni podaci. Tako je propisano da se kao dan smrti smatra dan kada je nestala osoba vjerojatno umrla ili dan koji vjerojatno nije preživjela. Primjerice, ako je osoba nestala u nekoj nesreći kao dan smrti uzima se dan kada se dogodila ta nesreće, a ako je događaj u kome je nestala osoba po svemu sudeći izgubila život trajao više dana (zemljotres, požar, bitka, poplava i dr.), a nestanak je primjećen tek završetkom toga događaja, kao dan smrti utvrdit će se posljednji dan tog događaja (nepogode, nesretnog slučaja, katastrofe).²⁹

Međutim, ako se ne može utvrditi niti dan kada je nestala osoba vjerojatno umrla ili dan koji vjerojatno nije preživjela, tada kao dan smrti treba smatrati prvi dan poslije isteka roka iz članka 61. ZIZVP-a (ZIZVP, čl. 67. st. 2.). Primjerice, ako je vođen postupak za proglašenje umrlom osobe koja je nestala u ratu ili u vezi s ratnim događajima, kao dan smrti utvrdit će se prvi dan po isteku jednogodišnjeg roka od prestanka neprijateljstava (v. ZIZVP, čl. 61. st. 1. t. 4.). Ako je vođen postupak za proglašenje umrlom osobe o čijem životu za posljednjih pet godina nije bilo nikakvih vijesti, a od čijeg je rođenja proteklo šezdeset godina, kao dan smrti utvrdit će se prvi dan po isteku petogodišnjeg roka od kada nije bilo nikakvih vijesti o toj osobi (v. ZIZVP, čl. 61. st. 1. t. 1.). Ako je vođen postupak za proglašenje umrlom osobe o čijem životu za posljednjih pet godina nije bilo nikakvih vijesti, a za koju je vjerojatno da više nije živa, kao dan smrti utvrdit će se prvi dan po isteku petogodišnjeg roka od kada nije bilo nikakvih vijesti o toj osobi (v. ZIZVP, čl. 61. st. 1. t. 2.). Konačno, ako je vođen postupak za proglašenje umrlom osobe koja je nestala u brodolomu, prometnoj nesreći, požaru, poplavi, zemljotresu ili u kakvoj drugoj neposrednoj smrtnoj opasnosti, a o čijem životu nije bilo nikakvih vijesti za šest mjeseci od dana prestanka takve opasnosti, kao dan smrti utvrdit će se prvi dan po isteku šestomjesečnog roka od dana prestanka opasnosti (v. ZIZVP, čl. 61. st. 1. t. 3.).

X. ŽALBA

Odredbom čl. 68. ZIZVP-a određen je krug osoba koje su ovlaštene izjaviti žalbu protiv prvostupanjskog rješenja kojim se nestala osoba proglašava umrlom.

Tako je određeno da navedenu žalbu mogu izjaviti predlagatelji ili staratelji osobe koja je nestala, i to u roku od 15 dana od dana dostavljanja prvostupanjskog rješenja (arg. ZIZVP, čl. 18.). Žalba zadržava izvršenje rješenja, ako sud iz važnih razloga ne odluči drukčije (arg. ZIZVP, čl. 19.).

XI. UPIS U MATIČNU KNJIGU UMRLIH

1. Odredbom čl. 69. ZIZVP-a nalaže se sudu da pravomoćno rješenje o proglašenju nestale osobe umrlom dostavi općinskoj službi nadležnoj za poslove vođenja matičnih knjiga. Ovo je značajno zbog upisa tih činjenica u matičnu knjigu

²⁹ Usp. TODOROVIĆ, str. 470.-471.

umrlih.

Zbog posljedica koje proizvodi proglašenje nestale osobe umrlom u odnosu na pravni status, imovinu, prava i obveze te osobe, rješenje o proglašenju nestale osobe umrlom nakon pravomoćnosti dostavlja se općinskoj službi nadležnoj za poslove vođenja matičnih knjiga.

Posljedice pravomoćnosti ovakvih rješenja su različite. Ako je osoba koja je proglašena umrlom bila u braku, brak prestaje danom utvrđenim u rješenju kojim je nestala osoba proglašena umrlom.³⁰ Eventualnim stavljanjem izvan snage ovoga rješenja brak se ne uspostavlja. Nakon pravomoćnosti rješenja kojim je neka nestala osoba proglašena umrlom i rješenja kojim je dokazana smrt neke osobe pokreće se nakon te osobe ostavinski postupak s pravnim učinkom da se danom utvrđenim u tim rješenjima otvara nasljeđe (delacija).³¹

Matične knjige su javni dokumenti kojima se dokazuje rođenje, vjenčanje i smrt. U matičnu knjigu umrlih upisuju se: podaci o smrti, i to: ime i prezime umrlog, njegovo prezime prije zaključenja braka, spol, dan, mjesec, godina, sat i mjesto smrti, dan, mjesec, godina i mjesto rođenja, JMBG, bračno stanje, državljanstvo, nacionalnost, vjeroispovijest, prebivalište i adresa stana; ime i prezime supružnika umrlog i njegovo prezime prije zaključenja braka ako je umrli bio u braku, ime i prezime roditelja umrlog, ime i prezime i prebivalište osobe koja je prijavila smrt, odnosno naziv ustanove, ako je smrt prijavila ustanova, uzrok smrti i mjesto sahrane ako su poznati i, što je ovdje značajno, proglašenje nestale osobe umrlom i podatak o smrti koji je dokazan u sudskom ili drugom zakonom propisanom postupku. Trenutačno je u FBiH na snazi Zakon o matičnim knjigama iz 1992., odnosno 1994. godine,³² ali je u postupku donošenja novi Zakon o matičnim knjigama FBiH. Usvajanjem toga zakona građani u Federaciji Bosne i Hercegovine će dobiti jednostavniju, kvalitetniju i jeftiniju uslugu kada su u pitanju dokumenti koji se odnose na osobna stanja građana. Također, nove odredbe izraz su nužnosti prilagodbe novim tehnologijama i mogućnostima koje one nude, a radi kvalitetnije usluge građanima. Takvim zakonom stvaraju se pretpostavke za daleko veći stupanj sigurnosti i zaštite osobnih podataka, što je i jedna od obveza Bosne i Hercegovine na putu prema europskim integracijama. Prema odredbama čl. 30. Zakona o matičnim knjigama Republike Srpske,³³ proglašenje nestale osobe umrlom i smrt dokazana u sudskom postupku upisuje se u matičnu knjigu umrlih na osnovi akta nadležnog organa (rješenja), koji je dužan rješenje dostaviti u roku od 15 dana od dana njegovog donošenja, odnosno pravomoćnosti matičaru matičnog područja mjesta na kome je bilo posljednje prebivalište umrlog. Iznimno, obitelj može zahtijevati upis u matičnu knjigu umrlih u mjestu boravišta obitelji, uz navođenje razloga za takav upis. Ako je posljednje prebivalište umrlog bilo nepoznato ili je u inozemstvu, nadležni organ (sud) rješenje treba dostaviti matičaru matičnog područja u mjestu rođenja umrlog, a ako je mjesto rođenja umrlog u inozemstvu, matičaru matičnog područja u sjedištu organa koji je donio akt.

30 Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH, broj 35/05.), dalje - **ObZ**, čl. 47. st. 2.

31 Vidi ZEČEVIĆ, str. 62.

32 Zakon o matičnim knjigama, Službeni list R BiH, broj 20/92., 13/94.

33 Službeni glasnik RS, broj 111/09.

2. U Bosni i Hercegovini donesen je **Zakon o nestalim osobama**,³⁴ kojim se utvrđuju načela za unapređenje procesa traženja, definicija nestale osobe, način vođenja središnje evidencije, ostvarenja socijalnih i drugih prava članova obitelji nestalih osoba, kao i druga pitanja u svezi s traženjem nestalih osoba iz Bosne i Hercegovine i u Bosni i Hercegovini (Zakon, čl. 1.). U smislu navedenog zakona nestala osoba je osoba o kojoj obitelj nema nikakvih vijesti i/ili je prijavljena na temelju pouzdanih informacija kao nestala osoba uslijed oružanog sukoba koji se dogodio na području bivše SFRJ, a nestale su u razdoblju od 30. travnja 1991. do 14. veljače 1996. (Zakon, čl. 2.).³⁵ Prema odredbi čl. 27. Zakona, tri godine nakon njegovog stupanja na snagu osobe evidentirane kao nestale u razdoblju od 30. travnja 1991. do 14. veljače 1996, a čiji je status nestalosti ovjeren u okviru Centralne evidencije nestalih osoba Bosne i Hercegovine, trebaju se smatrati umrlima te će se ta činjenica službeno zabilježiti u matične knjige umrlih. Do isteka ovog roka članovi obitelji nestale osobe koji su u postupku ostvarivanja nekih drugih prava (npr. prava na temelju vojnog invaliditeta i sl.) obvezni su pokrenuti postupak za proglašenje nestale osobe umrlom. Nakon 17. studenoga 2007. godine, na temelju službene obavijesti Instituta, smrt nestale osobe evidentira se u matičnu knjigu umrlih u općini u kojoj je bilo prijavljeno mjesto prebivališta nestale osobe do početka rata. Iznimno, obitelj može zahtijevati upis u knjigu umrlih u mjestu boravišta/prebivališta obitelji, uz navođenje razloga za takav upis.

Kako je izrijekom propisano da Zakon ima prednost u odnosu na ostale zakone u BiH, koji ni na koji način ne mogu ograničavati njegovu primjenu (arg. čl. 30. Zakona), mjerodavne vlasti Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, dužne su u roku od 90 dana od dana njegovog stupanja na snagu, usuglasiti odgovarajuće zakone radi upisa nestalih osoba u razdoblju koje navodi Zakon u matične knjige umrlih. Iako nadležni organi nisu pristupili usklađivanju zakona koji uređuje ovo pitanje sa Zakonom, članovi obitelji nestalih osoba imaju pravo Zahtjev o upisu u matične knjige umrlih u mjestu novog boravišta/prebivališta uputiti nadležnoj općinskoj službi (matični ured), uz mogućnost istovremenog podnošenja obavijesti Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice da je takav zahtjev uložen.³⁶

XII. PREINAKA I STAVLJANJE IZVAN SNAGE RJEŠENJA

1. Odredbama čl. 70., 71. i 72. ZIZVP-a uređuju se uvjeti i način pokretanja postupka za preinaku, odnosno stavljanje izvan snage rješenja o proglašenju nestale

34 Službeni glasnik BiH, broj 50/04. od 9. studenoga 2004., stupio na snagu 17. studenoga 2004., dalje – **Zakon**.

35 U Bosni i Hercegovini je od 1992. do 1995. godine nestalo 30.000 građana BiH. Do danas je pronađeno i ekshumirano 23.000 posmrtnih ostataka, a 20.000 je identificirano. Traga se još za 8.000 nestalih osoba. <http://www.bljesak.info/rubrika/vijesti/clanak/u-bih-se-traga-za-jos-8000-nestalih-osoba-slaba-provedba-zakona-o-nestalim-osobama/4374>.

36 Tako *Primjena Zakona o nestalim osobama – vodič za porodice nestalih osoba*, Sarajevo, 2006., str. 33. i *Primjena Zakona o nestalim osobama Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2009., str. 7.

osobe umrlom, kao i pravne posljedice donošenja tih odluka.

Rješenje kojim se izriče dan smrti nestalog predstavlja samo presumpciju, pa ne isključuje mogućnost dokazivanja da je nestali umro ranije ili kasnije ili da je još živ. Naime, odluka suda kojom nestalu osobu proglašava umrlom polazi od zakonske presumpcije o smrti nestalog. Ta zakonska presumpcija i o smrti nestalog i o vremenu njegove smrti, kao i sve druge zakonske presumpcije (koje nisu *praesumptiones iuris et de iure*), oborive su jer ih život može demantirati. Tako se može ispostaviti da je osoba, koja je pravomoćnim rješenjem proglašena umrlom, ipak živa ili da je umrla drugog dana i sata, a ne onog koji se po sudskom rješenju treba smatrati kao dan njezine smrti.³⁷

U tom smislu svaka fizička i pravna osoba koja za to ima pravni interes, kao i zainteresirani organi, ako smatraju da je osoba koja je proglašena umrlom živa ili je umrla drugog dana, a ne onog dana koji se po rješenju suda smatra kao dan njezine smrti, mogu zahtijevati od suda da se rješenje o proglašenju te nestale osobe umrlom stavi izvan snage, odnosno preinači (ZIZVP, čl. 70. st. 1.). Logika zbivanja, a i načelo materijalne istine zahtijevaju da se u tim slučajevima stvori zakonska mogućnost da se utvrđeno pravno stanje uskladi s činjeničnim stanjem koje je život verificirao. Zbog toga je potrebno dati mogućnost sudu da u takvim slučajevima pravomoćno rješenje ukine odnosno preinači, bilo po službenoj dužnosti, bilo na inicijativu zainteresiranih osoba ili javnog tužitelja.³⁸ Činjenica da je proglašeni umrlim još živ, mora biti dokazana. Ne mora biti dokazan izvjestan dan kad je nestali umro, već je dovoljno da se dokaže da nije mogao umrijeti na dan koji je naveden u rješenju, već da je morao umrijeti prije ili poslije tog dana. Ako je kao dan smrti dokazan drugi izvjesni dan, onda će se taj dan uzeti kao dan smrti. Ako nije dokazan (novi) dan smrti, no dokazano je da se nije mogao uzeti onaj naveden u rješenju, onda će se kao dan smrti uzeti dan koji prema dokazanim činjenicama odgovara zakonskim propisima.³⁹

Eventualnim donošenjem novog rješenja prestale bi pravne posljedice nastale ranijim rješenjem, osim prestanka braka.

2. Zahtjev da se rješenje o proglašenju nestale osobe umrlom stavi izvan snage, odnosno preinači, može, primjerice, biti značajan za pravo nasljeđivanja, odnosno visinu nasljedničkih dijelova osoba koje konkuriraju na nasljeđivanje zaostavštine umrlog. Zbog toga o pokretanju postupka za ukidanje, odnosno preinaku rješenja o proglašenju nestale osobe umrlom zbog tvrdnje da je osoba koja je proglašena umrlom živa ili je umrla drugog dana, a ne onog dana koji se po rješenju suda smatra kao dan njene smrti, treba bez odlaganja obavijestiti sud koji je nadležan za raspravljanje ostavine te osobe. Nakon zaprimanja obavijesti sud koji vodi ostavinski postupak trebao bi postupak koji je u tijeku prekinuti, a ako je zaostavština već pravomoćno raspravljena i ako je izvršen upis u zemljišne knjige ili druge javne knjige o nekretninama, treba narediti da se u ove knjige stavi zabilježba o pokretanju postupka za stavljanje izvan snage, odnosno preinačenje rješenja o proglašenju nestale osobe umrlom (ZIZVP, čl. 70. st. 2.). Time se štite prava i interesi osobe proglašene umrlom

37 Vidi KAMHI, str. 61.

38 *Ibid.*, str. 62.

39 Tako ŽILIĆ, str. 623.

u odnosu na njegove nekretnine ako se u postupku po zahtjevu za preinaku, odnosno stavljanje izvan snage rješenja o proglašenju nestale osobe umrlom, utvrdi da je on živ.

ZIZVP izričito ne propisuje tko bi trebao obavijestiti ostavinski sud da se vodi postupak za stavljanje izvan snage, odnosno preinaku rješenja o proglašenju umrlim ostavitelja („O pokretanju postupka ... bez odlaganja će se obavijestiti“). Ako je sudu koji vodi postupak po zahtjevu za stavljanje izvan snage ili preinaku rješenja o proglašenju osobe (ostavitelja) umrlom poznata činjenica da je pred nadležnim ostavinskim sudom pokrenut postupak za raspravljanje zaostavštine te osobe, trebao bi obavijestiti taj sud, ali smatramo da nema zapreke da to napravi i bilo koja druga osoba koja za to ima pravni interes.

3. Ako sud u postupku utvrdi da je nestala osoba koja je proglašena umrlom živa ili je umrla drugog dana, a ne onog koji se po rješenju suda smatra kao dan njezine smrti, dužan je staviti izvan snage, odnosno preinačiti svoje ranije rješenje (ZIZVP, čl. 71. st. 1.).

Dakle, nakon što utvrdi da je osoba koja je proglašena umrlom živa ili je umrla drugog dana, a ne onog koji se po rješenju suda smatra kao dan njezine smrti, dužan je po službenoj dužnosti pokrenuti postupak za stavljanje izvan snage ili preinaku rješenja o proglašenju te osobe umrlom i, kako se u ovom slučaju radi o okolnostima koje nisu tako izvjesne kao kada se osoba proglašena umrlom osobno javi sudu (v. ZIZVP, čl. 72.), sud bi radi donošenja rješenja trebao sprovesti dokazni postupak primjeren postupku za proglašenje nestale osobe umrlom (uz sudjelovanje zainteresiranih osoba i nakon održane rasprave), uz razliku da se postupak proglašenja nestale osobe umrlom ne pokreće po službenoj dužnosti (v. ZIZVP, čl. 64.).⁴⁰ Pravomoćno ukidanje rješenja ima za posljedicu svojevrzni *restitutio in integrum* u korist osobe proglašene umrlom u pogledu imovinskog i obiteljskog prava.⁴¹

4. Sud može na temelju provedenog postupka ocijeniti da nisu ispunjeni uvjeti za donošenje rješenja koji bi trebalo staviti izvan snage ili preinačiti ranije rješenje o proglašenju te osobe umrlom. Sud je dužan pravomoćno rješenje kojim odbija zahtjev za stavljanje izvan snage ili preinaku rješenja o proglašenju nestalog umrlim dostaviti sudu nadležnom za raspravljanje zaostavštine radi daljeg postupanja, odnosno brisanja zabilježbe u zemljišnoj knjizi i drugim javnim knjigama o nekretninama (ZIZVP, čl. 71. st. 2.). Ostavinski sud tada nastavlja s prekinutim postupkom za raspravljanje zaostavštine (proglašenog umrlim/ostavitelja), odnosno zahtijeva brisanje stavljenе zabilježbe o pokretanju postupka za stavljanje izvan snage ili preinačenje rješenja o proglašenju nestale osobe umrlom u zemljišnoj knjizi ili drugoj javnoj knjizi o nekretninama u kojima su upisane nekretnine osobe proglašene umrlom (v. ZIZVP, čl. 70. st. 2.).

40 „Postupak proglašenja nestalog lica za umrlo pokreće se predlogom koji podnosi bilo koje lice koje ima za to pravni interes. Ako je u pitanju postupak za ukidanje rešenja o proglašenju nestalog lica za umrlo, predlog nije potreban. Postupak pokreće i sprovodi sam sud kada na bilo koji način sazna da je lice, proglašeno za umrlo, živo“, Četvrti opštinski sud u Beogradu, broj: P-2709/81., podatak kod ČOSIĆ, R. - KRSMANOVIĆ, T., *Aktuelna sudska praksa iz građanskoprocenog prava*, Beograd, 2003., dalje - ČOSIĆ, str. 215, odl. 2105.

41 Usp. ŽILIĆ, str. 623.

5. Sudionici u postupku za proglašenje nestalog umrlim obuhvaćeni su općom klauzulom po kojoj svaka osoba koja učini vjerojatnim da ima neposredni pravni interes da se nestali proglasi umrlim, odnosno da se ukine ili preinači ranija odluka o proglašenju nestalog umrlim, može predložiti pokretanje odnosnog postupka. Osim te opće klauzule predviđeno je i specijalno ovlaštenje za pokretanje postupka radi ukidanja ranije odluke kojom je nestala osoba proglašena za umrlom i ono pripada samoj osobi u pogledu koje se vodio postupak, ako je još živa.⁴² Tako, ako se osoba proglašena umrlom osobno javi sudu i predloži da se stavi izvan snage rješenje kojim je proglašena umrlom, sud je dužan, nakon što utvrdi njezinu istovjetnost s osobom koja je proglašena umrlom, bez daljeg postupka staviti izvan snage to rješenje (ZIZVP, čl. 72. st. 1.), što ima za pravnu posljedicu da će nestali koji je proglašen za umrlog biti restituiran u svim njegovim pravima i da će biti uklonjene sve posljedice koje je izazvao akt o proglašenju umrlim.⁴³ U ostavinskom postupku toj se osobi vraća sva zaostavština ako je bila raspravljena, smatra se da mu roditeljsko pravo nije ni prestalo, organ starateljstva ukida svoje rešenje o određivanju posebnog staratelja i dr. Međutim, pravne posledice u odnosu na prestanak braka ostaju, te se smatra da je brak definitivno prestao, bez obzira je li bračni drug te osobe u međuvremenu zaključio novi brak ili nije.⁴⁴

Izložene vrlo široke mogućnosti za traženje ukidanja ili preinačenja rješenja o proglašenju nestale osobe umrlom (v. ZIZVP, čl. 70.-72.), čine suvišnim klasični pravni lijek ponavljanja postupka, za koji se moraju ispuniti mnogo strože pretpostavke.⁴⁵

XIII. DOSTAVA RJEŠENJA

Pravomoćno rješenje o stavljanju izvan snage ili preinačenju rješenja o proglašenju nestale osobe umrlom treba se dostaviti općinskoj službi nadležnoj za poslove vođenja matične knjige, sudu nadležnom za raspravljanje zaostavštine i organu starateljstva (ZIZVP, čl. 72. st. 2.).

Ostavinskom sudu će se ovakvo rješenje dostaviti ako je u tijeku postupak raspravljanja zaostavštine iza osobe koja je proglašena umrlom s time da će ostavinski sud nakon toga obustaviti ostavinski postupak. Ako je ostavinski postupak pravomoćno okončan i rješenje o nasljeđivanju upisano u zemljišnu knjigu, osoba koja je prethodno proglašena umrlom može podnijeti brisovnu tužbu (arg. ZIZVP, čl. 70. st. 2. i 71. st. 2.). Matični ured bi nakon primitka rješenja o stavljanju izvan snage ili preinaci rješenja o proglašenju nestalog umrlim, trebao izvršiti promjenu u matičnim knjigama umrlih na način da izbriše podatak o smrti osobe upisan na temelju ranijeg rješenja kojim je ta osoba proglašena umrlom (v. ZIZVP, čl. 69.). Organ starateljstva obaviještava se zbog ukidanja svojeg eventualnog rješenja o određivanju posebnog staratelja (v. ObZ, čl. 197.) i drugih njegovih nadležnosti koje ima u izvanparničnom postupku (v. ZIZVP, čl. 5. i 6.).

42 Vidi ZUGLIA, S., *Nekoliko pitanja u vezi s vanparničnim postupcima o uređenju statusnih odnosa*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. IV, 1954., broj 1-2, str. 100.

43 Tako KAMHI, str. 62.

44 Usp. RISTIĆ, str. 107.

45 Tako TRIVA, S. – DIKA, M., *Izvanparnično procesno pravo*, Zagreb, 1988., str. 47.

XIV. TROŠKOVI POSTUPKA

Odredbom čl. 73. ZIZVP-a određeno je tko konačno snosi troškove postupka za proglašenje nestale osobe umrlom i za dokazivanje smrti.

Načelno, o troškovima izvanparničnog postupka u stvarima koje se odnose na osobno stanje sudionika sud odlučuje po slobodnoj ocjeni, vodeći računa o okolnostima slučaja i o ishodu postupka. Međutim, ZIZVP izrijeком propisuje da troškove postupka za proglašenje nestale osobe umrlom i za dokazivanje smrti snosi predlagatelj, a to može biti svaka fizička i pravna osoba koja za to ima pravni interes, kao i zainteresirani organ, poput javnog tužitelja ili organa starateljstva (arg. ZIZVP, čl. 64. st. 1.).

U pogledu troškova postupka koji su prouzročeni sudjelovanjem organa starateljstva u izvanparničnom postupku, primjenjuju se odredbe federalnog Zakona o parničnom postupku (arg. ZIZVP, čl. 28. st. 1.). Također i u pogledu snošenja ostalih troškova postupka proglašenja nestale osobe umrlom i dokazivanja smrti (primjerice, ishođenja potrebnih javnih isprava, objavljivanja oglasa o pokretanju postupka i sl.), treba shodno primjenjivati odredbe toga zakona (arg. ZIZVP, čl. 2. st. 2.).

Odluku o troškovima sud, u pravilu, donosi u rješenju kojim meritorno rješava izvanparničnu stvar i unosi je u izreku tog rješenja.

XV. UMJESTO ZAKLJUČKA - DOKAZIVANJE SMRTI

1. Odredbama čl. 62. ZIZVP-a regulirani su uvjeti i postupak **dokazivanja smrti** neke osobe.

Razlika između proglašenja nestale osobe umrlom i dokazivanja smrti je u tome što proglašenje nestalog za umrlog nadomješta dokaz smrti, dok se kod dokazivanja da je nestali umro smrt dokazuje drugim načinom nego javnim ispravama.⁴⁶ U postupku za proglašenje nestale osobe umrlom utvrđuje se jesu li nastupile zakonske pretpostavke i vjerojatnost da određena osoba nije više živa, a u postupku za dokazivanje smrti utvrđuje se je li određena osoba zaista umrla.

ZIZVP propisuje da se smrt neke osobe može dokazivati po njegovim odredbama, odnosno u izvanparničnom postupku samo ako se smrt ne može dokazati ispravama predviđenim propisima o matičnim knjigama (ZIZVP, čl. 62. st. 1.).⁴⁷

Postupak za dokazivanje smrti temelji se na činjenici da je osoba umrla, ali se njezina smrt ne može upisati u matične knjige, jer ne postoji isprava kojom se taj upis vrši.⁴⁸ Ovdje se dokazuje samo fizička smrt jedne osobe i predlaže se sudu donese

⁴⁶ Vidi kod ŽILIC, str. 603.

⁴⁷ U postupku za dokazivanje smrti, s obzirom na to da se rješenje o utvrđivanju smrti neke osobe temelji na utvrđenim činjenicama, a ne na ispunjavanju zakonskih uvjeta i vjerojatnoći o smrti te osobe, u praksi će rjeđe dolaziti do situacija da se nakon donošenja rješenja pokreće postupak za ukidanje odnosno izmjenu tog rešenja, nego što je to slučaj kod rešenja o proglašenju neke osobe umrlom, budući da se te situacije, ipak, ne mogu isključiti. RISTIĆ, str. 111.

⁴⁸ U ovom se postupku ne polazi, prema tome, od zakonske presumpcije da je neka osoba umrla, nego se upravo dokazuje da je nastupila smrt te osobe. KAMHI, str. 63.

rješenje kojim se ta činjenica utvrđuje.⁴⁹ Naime, postoje situacije kada je jasno da je neka osoba umrla, a da njezina smrt nije evidentirana u matičnim knjigama umrlih, tako da se smrt te osobe ne može dokazivati ispravama predviđenim propisima o matičnim knjigama (primjerice, liječnička potvrda, ili potvrda druge osobe ovlaštene da utvrdi smrt, potvrda zdravstvene ustanove, izvještaj ustanove u kojoj je osoba umrla itd.). Zbog toga je moguće voditi izvanparnični postupak za dokazivanje smrti, u kome sud treba donijeti rješenje kojim će se utvrditi da je neka osoba umrla i ta činjenica na temelju donesenog rješenja upisuje se u matičnu knjigu umrlih. U ovom postupku ne utvrđuju se činjenice i okolnosti o nestanku neke osobe, rokovima za podnošenje prijedloga i dr., već se utvrđuje da je određena osoba zaista umrla, a da to nije upisano u matičnu knjigu umrlih.⁵⁰ Ne radi se dakle o tome postoji li sigurnost da je fizička smrt određene osobe nastupila. Fizička je smrt te osobe nastupila, ali nadležni matičar ne može je registrirati i ne može upisati tu činjenicu u matične knjige umrlih, jer ne postoje zakonom propisane isprave nužne da bi se ta smrt mogla dokazati.⁵¹ Moguće je i da činjenica smrti nehotičnom pogreškom matičara nije bila upisana u matične knjige.

Kako ne postoje javne isprave kojima se može dokazati da je neka osoba stvarno umrla, ostvareni su uvjeti da ovlaštene osobe mogu podnijeti prijedlog za pokretanje postupka za dokazivanje smrti. Zbog toga su predlagatelji dužni, pored dokaza i činjenica koje prijedlog mora sadržavati po odredbama ZIZVP-a, od nadležnog matičara pribaviti i uz prijedlog podnijeti ispravu da ovakva osoba nije upisana u matičnu knjigu umrlih.⁵²

2. U postupku dokazivanja smrti ZIZVP je propisao shodnu primjenu odredaba postupka o proglašenju nestalih osoba umrlima, s tim što je, za razliku od odredbe čl. 65. st. 3. ZIZVP-a kojom je u postupku proglašenja nestale osobe umrlom predviđen rok od 30 dana, odredio da u postupku dokazivanja smrti oglasni rok ne može biti kraći od 15, niti duži od 30 dana (ZIZVP, čl. 62. st. 2.).

3. Treba kazati da je utvrđivanje uzroka smrti uređeno odredbama Zakona o zdravstvenoj zaštiti F BiH,⁵³ koji propisuje da za svaku umrlu osobu liječnik medicine treba utvrditi vrijeme i uzrok smrti (ZOZZ, čl. 204.). Zbog važnosti smrti kao pravne činjenice svi suvremeni pravni sustavi, pa tako i BiH, posebnim propisima uređuju

49 Vidi MILIJEVIĆ, str. 46.

50 Tako ZEČEVIĆ, str. 58.

51 Usp. KAMHI, str. 63.

52 „Ako smrt nekog lica ne može da se dokaže predviđenom ispravom, svako lice koje ima neposredan pravni interes kao i javni tužilac mogu tražiti da se utvrdi smrt tog lica. Međutim, prema čl. 22. st. 2. Zakona o matičnim knjigama (“Sl. gl. SRS”, br. 15/90) upis se vrši na osnovu izvoda iz matične knjige umrlih inostranog organa. Prema tome, sudovi ispravno zaključuju da postoji isprava predviđena Zakonom o matičnim knjigama na osnovu koje se može izvršiti upis smrti, pa nisu ispunjeni citirani uslovi iz čl. 70. Zakona o vanparničnom postupku da se smrt lica utvrđuje rešenjem suda u vanparničnom postupku. Navodi revidenta da nije u stanju da pribavi izvod iz matične knjige umrlih na međunarodnom obrascu nisu od uticaja na drugačiju odluku, jer kako je rečeno postoji isprava inostranog organa o upisu činjenice smrti što isključuje mogućnost da se u vanparničnom postupku ova činjenica utvrđuje“, Vrhovni sud Srbije, broj: Rev-180/01 od 18. 11. 2001. godine – Sudska praksa, br. 9/2002 str. 51, odl. 86.

53 Službene novine Federacije BiH, broj 46/10, dalje – **ZOZZ**.

na koji se način utvrđuje svaki pojedini slučaj smrti. Zbog straha od mogućeg tretiranja živoga čovjeka kao mrtvog (primjerice zbog kratkih rokova za moguću transplataciju dijelova ljudskog tijela na drugu osobu ili za ukapanje), društvo i svaki pojedinac su zainteresirani da se osigura mogućnost utvrđivanja smrti na nedvojbena način. Unatoč velikom napretku svih znanosti pouzdanost utvrđivanja smrti još uvijek nije u potpunosti nedvojben, dijelom i zbog toga što nema jedinstvene definicije i određenja nastupanja smrti nego se spominju različiti oblici smrti poput kliničke, smrti srca i prestanka disanja, cerebralne, biološke, „socijalne smrti“, a i u pojedinim zakonodavstvima različito su određeni uvjeti i postupci utvrđivanja smrti.⁵⁴ Razumljivo je da liječnik najprije treba utvrditi da je smrt zaista nastupila pa tek potom može pristupiti utvrđivanju vremena i uzroka smrti. Pri pregledu leša trebalo bi utvrditi i identitet umrle osobe. To je, primjerice, nužno zbog izdavanja potvrde o smrti i upisa u knjigu umrlih. Kantonalno ministarstvo imenuje potreban broj doktora medicine (tzv. mrtvozornici) koji stručno utvrđuju nastup smrti, vrijeme i uzrok smrti osoba umrlih izvan zdravstvene ustanove na području kantona i o tome je dužno informirati javnost, a vrijeme i uzrok smrti lica umrlih u zdravstvenoj ustanovi, utvrđuje doktor medicine te ustanove (Zakon o zdravstvenoj zaštiti F BiH, „Službene novine Federacije BiH”, broj 46/10, dalje - **ZOZZ**, čl. 205.). Do donošenja ZOZZ-a to je bilo u nadležnosti općine. Smrt su dužni prijaviti bez odgađanja osobe koje su živjele u zajednici s umrlom osobom, srodnicima ili susjedi, a ako takvih nema, svaka osoba koja za nju sazna. Prijava se podnosi doktoru medicine, odnosno zdravstvenom radniku koji utvrđuje vrijeme i uzrok smrti (ZOZZ, čl. 206.). Federalni ministar pravilnikom propisuje način pregleda umrlih, te utvrđivanja vremena i uzroka smrti (ZOZZ, čl. 210.).⁵⁵

Pred sudom Republike Hrvatske može se po pravu Republike Hrvatske dokazivati smrt državljanina Bosne i Hercegovine koji je umro na području Republike Hrvatske (arg. **Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine, broj 53/91, 88/01., čl. 78. st. 2.**).

54 Tako i opširnije o utvrđivanju smrti kod ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika*, Zagreb, 1998., str. 109.-117.; vidi i kod IVANČIĆ-KAČER, B., *Smrt kao pravna činjenica i dostignuća suvremene medicine kroz prizmu krionike*, Godišnjak 15, Organizator, Zagreb, 2008., str. 487.-499.

55 Vidi detaljnije o tome kod SNJEŽANA BODNARUK – JOZO ČIZMIĆ – BORIS HRABAČ – SENAD HUSEINAGIĆ, *Komentari zdravstvenih zakona, Knjiga 1., - Zakon o zdravstvenoj zaštiti, - Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata, Zakon o apotekarskoj djelatnosti, Privredna štampa, Sarajevo, 2011.*

Summary

PROCLAIMING A MISSING PERSON'S DEATH UNDER THE LAW OF THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA, WITH REFERENCE TO THE CROATIAN LAW DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA

The Law on Non-contentious Proceedings of the Federation of Bosnia and Herzegovina is certainly the law that is used by the widest range of users in legal practice and regulation which the most comprehensively defines the rules by whom the courts in the Federation of Bosnia and Herzegovina proceed and make decisions on personal, family, property and other rights and legal interests as well as in procedures for proclaiming the missing person's death. Procedures for proclamation the missing person's death initiate, among other things, the purpose to regulate the various legal concerns over the death of a person in which the person is a participant in life, which presents harmonizing the law with the actual situation. Proclaiming a missing person's death in a legal system has the importance of the fact of death as well as the same consequences as the real (factual) death of a person. In this paper, the author points out the objective, the material and legal conditions and the course of the proceeding of proclamation the missing person's death in the law of Bosnia and Herzegovina, and gives the comparison with situation in the Croatian law de lege lata and de lege ferenda.

Keywords: *Non-contentious Proceedings, proclamation of the missing person's death, Croatian law, the law of Federation of Bosnia and Herzegovina.*

Zusammenfassung

TODESERKLÄRUNG DER VERMISSTEN PERSON IM RECHT DER FÖDERATION BOSNIEN UND HERZEGOWINA MIT RÜCKBLICK AUF DAS KROATISCHE RECHT DE LEGE LATA UND DE LEGE FERENDA

Das Gesetz über das Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung der Föderation Bosnien und Herzegowina ist auf jeden Fall das Gesetz, welches in der Rechtspraxis von den meisten Benutzern benutzt wird. Es stellt eine Vorschrift dar, welche in der Föderation Bosnien und Herzegowina umfassend die Regeln feststellt, nach welchen die Gerichte vorgehen und nach welchen sie sowohl über

persönliche Rechte, Familien- und Vermögensrechte und andere Rechte als auch über Rechtsinteressen entscheiden, welche gemäß dem Gesetz im Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung beschlossen werden, wozu auch die Todeserklärung der vermissten Person gehört. Die Verfahren der Todeserklärung der vermissten Person werden, unter anderem, auch deswegen eingeleitet, die verschiedenen Rechtsverhältnisse nach dem Tod der an diesen Rechtsverhältnissen teilnehmenden Person zu regeln, wobei man die Angleichung der rechtlichen an die tatsächliche Situation durchführt. Die Folge der Todeserklärung der vermissten Person ist die Tatsache, dass die Person tot ist, sowie der reale (tatsächliche) Tod einer Person.

Die Arbeit weist auf das Ziel, auf die materiell-rechtlichen Voraussetzungen sowie auf den Ablauf des Verfahrens über die Todeserklärung der vermissten Person im bosnisch-herzegowischen Recht hin und bietet, an entsprechenden Stellen, die Vergleichung de lege lata und de lege ferenda mit den Beschlüssen im kroatischen Recht.

Schlüsselwörter: *Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, Todeserklärung der vermissten Person.*

Riassunto

LA DICHIARAZIONE DI MORTE PRESUNTA NEL DIRITTO DELLA FEDERAZIONE DELLA BOSNIA ED ERZEGOVINA CON CENNI AL DIRITTO CROATO *DE LEGE LATA E DE LEGE FERENDA*

La legge sul procedimento di volontaria giurisdizione della Federazione della Bosnia ed Erzegovina certamente rappresenta la legge cui nella prassi giuridica attinge la più ampia cerchia di soggetti; rappresenta inoltre la normativa mediante la quale sul territorio della Federazione della Bosnia ed Erzegovina si accertano per intero le regole in base alle quali i tribunali procedono e decidono circa le questioni personali, familiari e patrimoniali – come anche di altri diritti ed interessi – che in forza della legge vengono celebrate in riti di volontaria giurisdizione; pertanto ci si riferisce anche alla dichiarazione di morte presunta. I procedimenti volti alla dichiarazione di morte presunta dell'assente vengono attivati tra l'altro anche per la necessità di regolare determinati rapporti giuridici in ragione della morte di un soggetto; rapporti nei quali nel corso della vita tale soggetto partecipò, contribuendo in tale modo ad uniformare lo stato di fatto e lo stato di diritto. La dichiarazione di morte presunta produce in tutte quelle circostanze in cui l'evento morte sia rilevante le stesse conseguenze della morte effettiva di un soggetto.

Nel contributo l'autore ha indicato il fine, le condizioni giuridiche ed il corso del procedimento di dichiarazione della morte presunta nel diritto della Bosnia ed

Erzegovina, offrendo, laddove ciò fosse necessario, una comparazione con le soluzioni prospettate nel diritto croato *de lege lata* e *de lege ferenda*.

Parole chiave: *procedimento di volontaria giurisdizione, dichiarazione di morte presunta.*

BO USTAVNO SODIŠČE REPUBLIKE SLOVENIJE ŠE ČETR TIČ ODLOČALO O ZAKONSKEM SPREGLEDU PRAVNE OSEBNOSTI?

Dr. sc. Saša Prelič, redoviti profesor
Mag. Jerneja Prostor, asistentica
Pravna fakultet Sveučilišta u Mariboru
Slovenija

UDK: 347.19:342.565.2(497.4)
Ur.: 31. siječnja 2014.
Pr.: 17. veljače 2014.
Prikaz

Povzetek

V članku avtorja obravnavata uveljavitev in odpravo zakonskega spregleda pravne osebnosti, ki je bil v Republici Sloveniji uveden v letu 1999, opravljen pa v letu 2011. Razprava odpre vprašanje o smiselnosti instituta, saj v pravni stroki še vedno ni soglasja o tej specifičnosti slovenskega prava družb.

Ključne besede: spregled pravne osebnosti, izbris družbe iz sodnega registra brez likvidacije, varstvo upnikov.

DA LI ĆE USTAVNI SUD REPUBLIKE SLOVENIJE PO ĀETVRTI PUT ODLUĀIVATI O ZAKONSKOM PROBOJU PRAVNE OSOBNOSTI?

Sažetak

U članku se autori bave uvođenjem i ukidanjem instituta zakonskog proboga pravne osobnosti, koji je u Republici Sloveniji uveden 1999., a ukinut 2011. godine. Rasprava otvara pitanje o smislenosti navedenog instituta, budući da u pravnoj struci ne postoji suglasnost o toj specifičnosti slovenskog prava društava.

Ključne riječi: probog pravne osobnosti, brisanje društva iz sudskog registra bez likvidacije, zaštita vjerovnika .

1. UVOD

Pred vrsto leti je Aron Salomon, samostojni podjetnik, v svoji manufakturi posloval kot uspešen čevljar in trgovec z usnjem, ki je bil za obveznosti svojega podjetniškega udejstvovanja odgovoren z vsem svojim premoženjem.¹ Bistroumni

1 Primer je povzet po Hudson, *Understanding Company Law*, Routledge, London in New York 2012, strani 23-30.

svetovalci so mu predlagali, naj svoje poslovanje reorganizira na tak način, da v skladu z Zakonom o družbah (*Companies Act 1862*) ustanovi družbo. Ustanovil jo je lahko še s šestimi drugimi družbeniki, s katerimi naj bi zasledovali skupen poslovni namen. Kot družbenike je gospod določil še svojo ženo in pet odraslih otrok, a si je pridržal odločilen vpliv v družbi. S tem prestrukturiranjem se je razbremenil osebne odgovornosti za propad svojega podjetja in le-to prenesel na družbo oziroma na njene upnike. Vso podjetniško organizirano premoženje je prenesel na družbo *A Salomon & Co Ltd*, ampak tretjim sprememba v njegovem poslovanju ni bila navzven vidna. Gospod namreč po vsej verjetnosti svojega ravnanja zaradi spremembe ovoja podjetništva ni spremenil – še vedno je prihajal v manufakturo, odredil delo, določal cene ipd. Šlo je torej za spremembo oblike poslovanja, in ne za vsebinsko spremembo. Podjetje je kasneje propadlo, upniki pa so imeli za poplačilo svojih terjatev zakonsko možnost tožiti družbenika družbe v imenu družbe (*derivativna tožba*).

Po eni strani za današnje čase nič kaj nenavadno dejansko stanje: samostojni podjetnik pač omeji svoje poslovno tveganje z ustanovitvijo družbe in vnosom svojega podjetništva kot stvarnega vložka po poti singularne sukcesije v to novoustanovljeno družbo. Dandanes je podjetnikom v Sloveniji dopuščeno že samo materialno statusno preoblikovanje (izčlenitev), po poti katerega samostojni podjetnik z univerzalnim pravnim nasledstvom prenese svoje podjetniško organizirano premoženje na družbo. Po drugi strani pa iz primera izhaja napredna miselnost in dinamičnost tedanje poslovne prakse, ki vzbujajo občudovanje. V tistih časih je bil prenos že delujočega podjetja v družbo kot fiktivno pravno tvorbo vendarle nekaj novega. Cilj zakonodajalca je bil v povezovanju vsaj sedmih nepovezanih oseb s skupnimi poslovnimi nameni, ki bi začele s podjetniškim udejstvovanjem, pri čemer jim je z ustanovitvijo družbe omogočil omejeno podjetniško tveganje. Na prvi in drugi stopnji (*High Court* in *Court of Appeal*) je bilo razsojeno, da zakonodaja ni bila namenjena reorganizaciji poslovanja samostojnega podjetnika, zato naj bi šlo v tem primeru za zlorabo prava družb.

Drugače pa je v letu 1897 najvišje sodišče v Veliki Britaniji (*House of Lords*) odločilo o zadevi *Salomon v A Salomon & Co Ltd*, v kateri je zanemarilo argument morale. Odločilo je, da je družba samostojna pravna oseba, njen družbenik pa ni osebno odgovoren za obveznosti družbe, zato je zavrnilo zahtevek družbe oziroma njenih upnikov zoper Arona Salomona. Sodna odločba je uveljavila temeljno načelo prava družb, to je *načelo samostojnosti družbe* in skladno s tem *načelo ločenosti premoženja družbe* od premoženja njenih družbenikov. Zaradi te odločbe je bilo prebivalstvo spodbujeno k samostojnemu podjetništvu in k vlaganju prihrankov v gospodarske družbe. Osebna odgovornost posameznika za izgube podjetniško organiziranega premoženja je bila namreč potlej zagotovo omejena na višino investiranega kapitala. To je podjetnikom omogočilo tudi novo priložnost po morebiti propadlem prvem poskusu podjetniškega udejstvovanja. Sodna odločitev sicer časovno sovпада z obdobjem, ko je Britanski imperij potreboval kapital za financiranje trgovine in imperija nasploh, zato se vzbudi pomislek, ali ni ravno zaradi tega sodišče zanemarilo moralni vidik primera.² Kakorkoli, sodna odločba v zadevi *Salomon v A Salomon &*

2 Prav tam, stran 29.

Co Ltd je utrla pot razvoju kapitalizma, ki ga je navsezadnje ob osamosvojitvi leta 1991 sprejela tudi Slovenija.

Kot protiutež načelu samostojnosti pravne osebe in načelu ločenosti premoženja družbe od premoženja njenih družbenikov je pravo z namenom preprečevanja zlorab pravne subjektivitete izoblikovalo institut spregleda pravne osebnosti. Ta je v Sloveniji normativno urejen v 8. členu Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1),³ v skladu s katerim so za obveznosti družbe odgovorni tudi njeni družbeniki, in sicer:

- če so družbo kot pravno osebo zlorabili za to, da bi dosegli cilj, ki je zanje kot posameznike prepovedan,
- če so družbo kot pravno osebo zlorabili za oškodovanje svojih ali njenih upnikov,
- če so v nasprotju z zakonom ravnali s premoženjem družbe kot pravne osebe kot s svojim lastnim premoženjem, ali
- če so v svojo korist ali v korist druge osebe zmanjšali premoženje družbe, čeprav so vedeli ali bi morali vedeti, da ne bo sposobna poravnati svojih obveznosti tretjim osebam.

V primeru zlorabe pravne osebnosti in nedopustnega ravnanja družbenikov s premoženjem družbe se torej dvigne korporacijska tančica (*lifting the corporate veil*) in se preveri, kaj se dogaja znotraj lupine pravne osebnosti. Vendar ta institut tako močno posega v temelje prava družb, postavljene že v letu 1897, da ga je treba obravnavati restriktivno. Tako je odgovornost družbenikov kapitalskih družb na podlagi spregleda pravne osebnosti priznana le redko.

Kljub navedenemu je slovenski zakonodajalec leta 1999 na trgu kapitalskih družb prepoznal potrebo po spregledu pravne osebnosti, ki v določenem primeru – to je po *izbrisu družbe iz sodnega registra brez likvidacije* – nastopi *ex lege* – po samem zakonu (*zakonski spregled pravne osebnosti*). Avtomatični prehod odgovornosti za neizpolnjene obveznosti izbrisane družbe na družbenike je bila slovenska specifičnost, ki je tuje zakonodaje ne poznajo, zaradi česar se je postavljalo vprašanje primerljivosti slovenske ureditve s klasičnimi postulatami prava kapitalskih družb. Vse odtlej obravnavani institut v Republiki Sloveniji deli pravno in poslovno stroko ter sproža mnoge razprave. Ureditev, ki ima določene (zgodovinske) razloge, od leta 2011 v Sloveniji več ne velja, a po nedavni odločitvi Višjega sodišča v Celju sodeč, torej po petnajstih letih od uveljavitve spornega instituta, zgodbi še vedno ni videti konca.

3 Uradni list RS, št. 42/2006 (60/2006 popr.), s kasnejšimi spremembami.

2. GENEZA ZAKONSKEGA SPREGLEDA PRAVNE OSEBNOSTI V PRAVU REPUBLIKE SLOVENIJE

2. 1. Uveljavitev zakonskega spregleda pravne osebnosti

Temelji za klasično ureditev trgovinskih družb so bili v slovenskem pravu postavljeni v letu 1993, ko je bil, kmalu po osamosvojitvi Republike Slovenije, sprejet Zakon o gospodarskih družbah (ZGD).⁴ ZGD je v celoti odpravil do tedaj veljavni, deloma še na socialističnih temeljih izgrajeni sistem organiziranosti gospodarskih subjektov (gospodarskih družb). Razumljivo je, da je ZGD za gospodarske subjekte, ustanovljene po do tedaj veljavnih pravilih, določil obveznost uskladitve z novo ureditvijo, v določenih rokih za uskladitev. Za poslovno prakso je bilo pomembno predvsem povečanje zneska osnovnega kapitala družb v določenem času od uveljavitve ZGD. Za opustitev te obveznosti je zakonodajalec predvidel dolžnost izvedbe sodnega likvidacijskega postopka, ki so ga bila registrska sodišča dolžna izvesti po uradni dolžnosti na račun družbe oziroma njenih družbenikov.

Sodišča so dolžnost izvedbe sodne likvidacije uresničila le deloma, saj je bilo v registru in posledično v pravnem prometu še vedno precej (z novo zakonodajo) neuskkljenih in nedelujočih družb. Zato je bil leta 1999 sprejet Zakon o finančnem poslovanju podjetij⁵ (ZFPPod), ki je uredil nov način prenehanja gospodarskih družb, to je prenehanje zaradi *izbrisa družbe iz sodnega registra*, ki je značilen tudi po tem, da se izvede *brez likvidacije*. Ta postopek se je po vzoru avstrijske ureditve predvidel za primere, ko (1) družba v dveh zaporednih poslovnih letih ni predložila letnega poročila organizaciji, pooblaščenici za obdelovanje in objavljanje podatkov ali (2) družba ni imela premoženja. Hkrati pa je ZFPPod predvidel, da v izbrisnem postopku (torej brez likvidacije) prenehajo tudi tiste družbe, ki se v rokih, predvidenih z ZGD, s tem zakonom niso uskladile, in v zvezi s katerimi bi bila morala registrska sodišča izvesti sodno likvidacijo, pa tega niso storila.

Slovenska posebnost ureditve izbrisa družbe iz sodnega registra je bila v specifičnem prehodu obveznosti izbrisanih družb na družbenike. ZFPPod je namreč uveljavil zakonski spregled pravne osebnosti. Za obveznosti izbrisanih družb so namreč neomejeno solidarno odgovarjali njihovi družbeniki. Ureditve, ki je stipulirala osebno odgovornost družbenikov kapitalskih družb, je bila ves čas predmet številnih razprav v literaturi. Medtem ko se je v poslovni praksi ureditev izkazala kot razmeroma učinkovit (in s strani upnikov hvaležno sprejet) mehanizem za poplačilo upnikov izbrisanih družb, je pravna teorija zakonski spregled pravne osebnosti ostro kritizirala, predvsem z argumentom, da posega v temeljna načela prava družb, in sicer v načelo samostojnosti družbe kot pravne osebe ter v načelo ločenosti premoženja družbe od premoženja njenih družbenikov.⁶ Zato ne preseneča, da je bila ta ureditev

4 Ur. l. RS, št. 30/1993, s kasnejšimi spremembami. Ta zakon je bil leta 2006 noveliran in nadomeščen z danes veljavnim ZGD-1.

5 Ur. l. RS, št. 54/1999, s kasnejšimi spremembami.

6 *Ivanjko v Ivanjko, Kocbek, Prelič*, Korporacijsko pravo, Pravni položaj gospodarskih subjektov, Druga, dopolnjena in predelana izdaja, GV Založba, Ljubljana 2009, stran 1162.

predmet ustavno-sodne presoje, ki so jo predlagali družbeniki izbrisanih družb, na katere je odgovornost prešla.

Slovensko Ustavno sodišče je leta 2002 neomejeno odgovornost družbenikov za obveznosti izbrisane družbe omejilo na tako imenovane *aktivne družbenike*⁷ – tj. tiste, ki so imeli zadosten vpliv v družbi, da bi lahko preprečili izbris družbe iz sodnega registra brez likvidacije oziroma pravočasno sprožili postopek stečaja ali likvidacije družbe, pa tega niso storili. S tega vidika se je omenjala kaznovalna funkcija zakonskega spregleda pravne osebnosti.⁸

Tudi zakonodajalec je poskušal sanirati nastale posledice. Tako je leta 2007 z novelo Zakona o finančnem poslovanju podjetij (ZFPPod-B)⁹ odpravil zakonski spregled pravne osebnosti, prav tako pa je nameraval odpraviti negativne posledice, ki jih je ta dotlej že povzročil v sferi družbenikov izbrisanih družb. Določil je namreč ustavitev postopkov zoper družbenike, ki so jih upniki vodili zoper njih kot družbenike zaradi poplačila obveznosti izbrisanih družb. Vendar pa je tudi novela ZFPPod-B bila kmalu po uveljavitvi predmet ustavne presoje. Ustavno sodišče je leta 2007 odločilo, da zakonski spregled pravne osebnosti ni v neskladju z Ustavo RS.¹⁰ Zavzelo je stališče, da bi njegova odprava povzročila neutemeljen poseg v načelo enakosti pred zakonom, saj upniki izbrisanih družb ne bi bili deležni niti tolikšnega varstva, kot je sicer upnikom zagotovljeno v primeru likvidacije ali stečaja družbe. Odprava neomejene odgovornosti družbenikov, zoper katere so upniki izbrisanih družb že vodili postopke za uveljavitev njihove odgovornosti, pa naj bi neutemeljeno posegla v pridobljene in pričakovalne pravice upnikov.

Leta 2007 je zakonodajalec ob celoviti prenovi insolvenčne zakonodaje upošteval smernice v omenjenih odločbah Ustavnega sodišča ter izboljšal ureditev izbrisa družbe iz sodnega registra brez likvidacije. V Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju¹¹ (ZFPPIPP), ki danes v Sloveniji poleg insolvenčnih postopkov ureja tudi izbris družbe iz sodnega registra brez likvidacije, je v tem postopku ohranil zakonski spregled pravne osebnosti, ob tem pa je natančneje uredil institut aktivnega družbenika, v skladu s prvo odločbo Ustavnega sodišča. Po določbah 442. člena ZFPPIPP je bil aktivni družbenik oseba: (1) ki je imela ob prenehanju izbrisane družbe položaj njenega družbenika in (2) ki je imela v izbrisani družbi pred njenim prenehanjem možnost vplivati na njeno upravljanje in poslovanje tako, da bi lahko dosegla pravočasno izvedbo ustreznih ukrepov finančnega prestrukturiranja za zagotovitev kratkoročne in dolgoročne plačilne sposobnosti, ali bi lahko predlagala začetek stečajnega postopka. Možnost vplivanja družbenika se je presojala glede na njegov delež v družbi, upošteveno pa je bilo tudi katerokoli drugo pravno ali dejansko razmerje z izbrisano družbo ali članom njenega posloводства ali organa nadzora. Ob tem je veljala izpodbojna domneva, da je aktivni družbenik oseba, ki je sama ali skupaj z osebami, ki so z njo ožje povezane,

7 Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-135/2000, z dne 9. 10. 2002.

8 *Mayr*, Spregled pravne osebnosti, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2008, strani 244-245.

9 Ur. l. RS, št. 31/2007.

10 Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-117/07, z dne 21. 6. 2007.

11 Ur. l. RS, št. 126/2007, s kasnejšimi spremembami.

imetnik glasovalnih pravic, ki so predstavljale najmanj 25 odstotkov vseh glasovalnih pravic v družbi.

2. 2. Odprava zakonskega spregleda pravne osebnosti

Zakonski spregled pravne osebnosti je bil v slovenskem pravnem redu odpravljen s sprejetjem posebnega, posebej s tem namenom sprejetega zakona, Zakona o postopkih za uveljavitev ali odpustitev odgovornosti družbenikov za obveznosti izbrisanih gospodarskih družb (ZPUOOD),¹² ki je začel veljati 17. 11. 2011. S tem zakonom je zakonodajalec (podobno kot s prej omenjeno novelo ZFPPod-B) ponovno zasledoval dva cilja: (1) odpravo zakonskega spregleda pravne osebnosti (urejenega v ZFPPIPP) v prihodnje in (2) odpravo negativnih posledic, ki jih je ta institut že povzročil v sferi družbenikov izbrisanih družb, in sicer v smislu prekinitev na tej podlagi vodenih postopkov. Glede na razhajanja pravne stroke o ustreznosti obravnavane ureditve ni presenečalo dejstvo, da je kmalu po uveljavitvi zakona bila predlagana ocena ustavnosti njegovih določb. Ustavno sodišče je zadržalo izvrševanje večine določb zakona¹³ – tj. vse določbe, ki so urejale drugi problemski sklop, ni pa zadržalo 18. člena ZPUOOD, ki je odpravljala zakonski spregled pravne osebnosti v prihodnje.

Konec maja 2012 je bila objavljena meritorna odločitev Ustavnega sodišča.¹⁴ Določbe ZPUOOD, katerih izvrševanje je najprej zadržalo, je Ustavno sodišče razveljavilo. Odločilo je, da prekinitve postopkov zoper družbenike kot neomejeno odgovorne za poplačilo obveznosti izbrisanih družb, neutemeljeno posega v pravico do sodnega varstva, pravico do zasebne lastnine, pravico do poštenega postopka, v pridobljene in pričakovalne pravice upnikov, prav tako pa krši prepoved povratne veljave pravnih aktov. Te odločitve ustavni sodniki niso sprejeli soglasno, saj se tudi med njimi vse od uveljavitve naprej poraja dvom o ustavni skladnosti samega zakonskega spregleda pravne osebnosti.

Drugače kot leta 2007, ko je slovensko Ustavno sodišče ocenjevalo ustavnost novele ZFPPod-B, se v zadnji odločbi o odpravi zakonskega spregleda pravne osebnosti v *prihodnje ni izreklo*. Odločitev o tem namreč naj ne bi bila nujna za odločitev o oceni ustavnosti zadržanih določb. Ureditev postopka izbriša iz sodnega registra brez likvidacije je v ZFPPIPP zaradi upoštevanja odločb slovenskega Ustavnega sodišča iz leta 2002 in leta 2007 ob snovanju tega zakona, nekoliko izboljšana glede na ureditev po ZFPPod. Odprava zakonskega spregleda pravne osebnosti v letu 2007, torej v času veljave ZFPPod, naj bi (kot rečeno) po oceni Ustavnega sodišča RS povzročila neutemeljen poseg v načelo enakosti (upnikov družb) pred zakonom. Ureditev po ZFPPIPP pa se glede na ureditev po ZFPPod vendarle nekoliko razlikuje. Po ureditvi v ZFPPIPP si upniki z aktivnim ravnanjem v postopku izbriša družbe brez likvidacije lahko zagotovijo enako varstvo, kot je zagotovljeno upnikom v stečajnem postopku oziroma postopku likvidacije družbe, zato odprava zakonskega spregleda pravne

12 Ur. l. RS, št. 87/2011.

13 Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-307/11, z dne 1. 12. 2011.

14 Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-307/11, z dne 12. 4. 2012.

osebnosti v prihodnje ne posega v načelo njihove enakosti pred zakonom. Odprava neomejene odgovornosti družbenikov za obveznosti družbe, ki je bila iz sodnega registra izbrisana brez likvidacije, zato ni v neskladju z Ustavo RS,¹⁵ o čemer pa se slovensko Ustavno sodišče sicer ni izreklo. Po več letih lahko torej tudi družbeniki slovenskih kapitalskih družb za obveznosti družbe odgovarjajo le še v primeru, ko so podani splošni pogoji za spregled pravne osebnosti iz 8. člena ZGD-1, in sicer zloraba pravne osebe oziroma nedopustno ravnanje družbenikov.

Avtomatičnega prehoda odgovornosti za obveznosti družb, ki prenehajo zaradi izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije, slovensko korporacijsko pravo torej (vsaj za zdaj) ne pozna več in je s tega vidika povsem primerljivo s tujimi korporacijskimi ureditvami.

3. PONOVRNO ODLOČANJE O ODPRAVI ZAKONSKEGA SPREGLEDA PRAVNE OSEBNOSTI?

Družbeniki iz sodnega registra izbrisanih družb, ki so upnikom odgovarjali za obveznosti družb z vsem svojim osebnim premoženjem, še vedno iščejo pot, da bi jim bila ta »krivica« popravljena in škoda povrnjena. Zgodba za nazaj torej še vedno ni povsem zaključena. Za družbe, izbrisane v omenjenem postopku po uveljavitvi ZPUOOD, to je od novembra 2011 naprej, pa zakonski spregled pravne osebnosti ni več urejen. Po sedaj veljavni ureditvi pride v poštev le splošni spregled pravne osebnosti v skladu z določili ZGD-1, tako je slovensko korporacijsko pravo v temeljih enako tujim primerljivim zakonodajam. A nedavno je bila objavljena odločba Višjega sodišča v Celju,¹⁶ ki vzbuja pomisleke, če bo temu tako tudi v prihodnje.

V nadaljevanju je na kratko povzeta omenjena sodna odločba.

Sodišče je upnikov predlog za nadaljevanje izvršilnega postopka zoper družbenika izbrisane družbe zavrnilo. Upnik je vložil pritožbo in navedel, da je zaradi uveljavitve 18. člena ZPUOOD izgubil možnost poplačila terjatve s strani družbenikov izbrisane družbe. Upniki družb, izbrisanih iz sodnega registra brez likvidacije, namreč nimajo nobenega pravnega varstva za uveljavljanje svojih terjatev. Za ta primer prenehanja družbe zakonodajalec ni predvidel postopka, ki bi omogočil ureditev notranjih in zunanjih razmerij družbe, tudi ne varstva upnikov. Zakonodajalec za to ni imel stvarnega in razumnega razloga, zato je 18. člen ZPUOOD v neskladju z drugim odstavkom 14. člena Ustave RS.¹⁷ Predlagal je, naj sodišče prekine postopek in začne postopek za oceno ustavnosti 18. člena ZPUOOD pred Ustavnim sodiščem. Prvostopenjsko sodišče na te navedbe upnika ni odgovorilo, zato je pritožbeno sodišče odločilo, da je upnikova pritožba utemeljena, razveljavilo izpodbijani sklep sodišča prve stopnje in zadevo vrnilo v nov postopek. V novem postopku naj se sodišče opredeli do naslednjih vprašanj:

- ali upniki zaradi uveljavitve 18. člena ZPUOOD nimajo nobenega pravnega varstva za uveljavljanje svojih terjatev;

15 Uradni list RS, št. 33/1991, s kasnejšimi spremembami.

16 Glej odločbo VSC sklep II Ip 285/2013 z dne 14. 6. 2013.

17 Vsi so pred zakonom enaki.

- ali je zakonodajalec za spremembo obstoječe ureditve imel razumne razloge;
- ali dotedanja ureditev ni bila več primerna oziroma potreba.

Končno odločitev bo sprejelo Ustavno sodišče, če bo prišlo do ustavno-sodne presoje 18. člena ZPUOOD.

4. VARSTVO UPNIKOV PO ODPRAVI ZAKONKEGA SPREGLEDA PRAVNE OSEBNOSTI

4.1. Varstvo upnikov pri prenehanju družbe zaradi izbrisa družbe iz sodnega registra

Odprava zakonskega spregleda pravne osebnosti z ZPUOOD, prav tako pa tudi odločba Ustavnega sodišča iz leta 2012, sta v slovenski pravni stroki ponovno spodbudili živahno razpravo. Predvsem se je v zvezi z novo ureditvijo poudarjalo posledje morebiti nezadostno varstvo upnikov v postopku izbrisa družbe iz sodnega registra brez likvidacije. Pred odpravo zakonskega spregleda pravne osebnosti upniki niso imeli interesa preprečiti izbrisa družbe iz sodnega registra brez likvidacije, saj so za poplačilo svoje terjatve lahko terjali aktivne družbenike izbrisane družbe. Torej so imeli možnost poplačila (celotne) svoje terjatve iz druge premoženjske mase (družbenikov), v primeru preprečitve izbrisa iz sodnega registra pa bi bil lahko nad družbo začet stečajni postopek. V tem primeru bi se upniki ob konkurenci z drugimi upniki (sorazmerno) poplačali iz stečajne mase družbe. Od odprave neomejene odgovornosti aktivnih družbenikov za obveznosti izbrisane družbe pa je upnikom v prvi vrsti v interesu, da preprečijo izbris družbe, saj lahko tako ohranijo vse pravice, ki jih bodo imeli v morebiti uvedenih drugih postopkih prenehanja družbe.

Izbris pa lahko upniki po določbah ZFPPIPP preprečijo v več primerih kot po določbah ZFPPOd. V skladu s slednjimi je bila kot izbrisni razlog predvidena okoliščina, da *družba ni imela premoženja* (2. točka prvega odstavka 25. člena ZFPPOd), medtem ko so kot izbrisni razlog po določbah ZFPPIPP (1. točka prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP) (kumulativno) predvidene okoliščine, ko *je družba prenehala poslovati, nima premoženja in je izpolnila vse svoje obveznosti*. Z novelo ZFPPIPP-A¹⁸ je bil kot izbrisni razlog vnesen tudi razlog: »/.../ če ne posluje na poslovnem naslovu, vpisanem v sodni register /.../«. Za ustavitev postopka izbrisa družbe iz sodnega registra brez likvidacije, ki se vodi zaradi najprej navedenega izbrisnega razloga, bi torej moral zadostovati upnikov ugovor, da izbrisni razlog ni podan, ker obstaja njegova terjatev do družbe, ki je v postopku izbrisa brez likvidacije.

Ustavno sodišče je leta 2007 ugotovilo neskladnost ureditve izbrisa družbe iz sodnega registra brez likvidacije v primeru odprave zakonskega spregleda pravne osebnosti tudi iz razloga, ker po določbah ZFPPOd upniki v postopku izbrisa družbe brez likvidacije svojih pravic niso mogli zavarovati z drugimi instituti, na primer s predlogom za začetek stečajnega postopka, *saj ga z začetkom postopka izbrisa brez*

18 Uradni list RS, št. 40/2009. Razlogi za to spremembo v Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah ZFPPIPP niso posebej obrazloženi. Glej Poročevalec Državnega zbora, št. 29/XXXV z dne 12. 3. 2009.

likvidacije v skladu z določbami ZFPPOd ni bilo (več) dopustno vložiti.¹⁹ Zaradi tega je bilo torej upnikom onemogočeno ustrezno varstvo in so bili neutemeljeno postavljeni v slabši položaj kot upniki družbe, nad katero bi se začel stečajni postopek. Poudariti velja, da je v ZFPPIPP ta ureditev izboljšana, saj je vložitev predloga za začetek stečajnega postopka dopustna vse do poteka roka za vložitev ugovora proti sklepu o začetku postopka izbrisa družbe brez likvidacije. ZFPPIPP daje torej stečajnemu postopku prednost pred postopkom izbrisa družbe iz sodnega registra brez likvidacije.

Le v primeru, ko se postopek izbrisa družbe brez likvidacije vodi zaradi neustreznega poslovnega naslova²⁰ in hkrati niso podani pogoji za začetek stečajnega postopka nad to družbo, bi bil pomislek o odpravi zakonskega spregleda pravne osebnosti morebiti lahko na mestu, saj ni gotovo, da upniki tedaj uspejo z ugovorom o obstoju njihove terjatve. Sodna praksa je namreč (pred uveljavitvijo ZPUOOD) sprejela stališče, da z ugovorom o neporavnanih obveznostih, obstoju premoženja ali poslovanja družbe ni mogoče uspeti, če je bil izbrisni postopek začel zaradi izbrisnega razloga, ker družba ne posluje na registriranem poslovnem naslovu.²¹ Stališče je sicer skladno z gramatikalno razlago zakonskih določb, a lahko po uveljavitvi ZPUOOD privede do položaja, ko je iz sodnega registra izbrisana družba s premoženjem,²² njeni upniki pa ostanejo brez poplačila. Vendar pa izbris take družbe iz sodnega registra brez likvidacije pravzaprav nasprotuje temeljnemu namenu uvedbe instituta izbrisa družbe iz sodnega registra brez likvidacije – tj. *odstranitvi nedelujočih družb* (ki so brez premoženja) iz registra družb in posledično iz pravnega prometa. Višje sodišče v Ljubljani je sicer potrdilo pred uveljavitvijo ZPUOOD obstoječo sodno prakso: »Neporavnane obveznosti družbe (subjekta postopka izbrisa) do upnika niso ovira za izbris družbe iz sodnega registra.«²³ A ne gre prezreti dejstva, da je v tem primeru registrsko sodišče s sklepom z dne 10. 8. 2011 začelo postopek izbrisa družbe iz sodnega registra brez likvidacije na podlagi obvestila izvršitelja, da navedena družba na naslovu, vpisanem v sodni register, ne sprejema uradnih pošilk in je tam neznana. ZPUOOD pa je začel veljati kasneje, in sicer 17. 11. 2011. Slovenska sodišča bi po uveljavitvi ZPUOOD morala slediti razlagi zakona, po kateri bi moral biti ne glede na izbrisni razlog, po katerem se vodi postopek izbrisa družbe iz sodnega registra brez likvidacije, dopusten in zadosten ugovor upnika, da družba nima poravnanih vseh svojih obveznosti. Izbris družbe iz sodnega registra brez likvidacije navsezadnje tudi ni pravica družbe, v katero bi sodišča posegla, če bi upoštevala ugovor upnika, da družba nima poravnanih vseh svojih obveznosti.

Zatrjevanje ogroženosti interesov upnikov zaradi začetka postopka izbrisa

19 Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-117/07, z dne 21. 6. 2007, točka 16.

20 Gre za izbrisni razlog po določbah 2. točke prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP (če družba ne posluje na poslovnem naslovu, vpisanem v sodni register).

21 Tako *Novak Krajšek*, Postopek in pravne posledice prenehanja pravnih oseb z likvidacijo in brez likvidacije, Podjetje in delo, št. 2/2011, stran 253.

22 V Avstriji je kot izbrisni razlog določena okoliščina, da družba v trenutku izbrisa nima premoženja, kar mora preveriti registrsko sodišče po uradni dolžnosti. Izbris prepreči tudi že obstoj majhnega premoženja. *Štruc*, Avstrija: izbris gospodarskih družb iz sodnega registra po uradni dolžnosti, Podjetje in delo, št. 3/2003, stran 487.

23 Glej odločbo VSL sklep IV Cpg 1386/2011 z dne 21. 12. 2011.

družbe brez likvidacije vsled odprave neomejene odgovornosti aktivnih družbenikov za obveznosti izbrisane družbe torej ni povsem utemeljeno, saj ga lahko upniki s svojim aktivnim ravnanjem²⁴ praviloma preprečijo in s tem ohranijo svoj položaj v morebiti uvedenih drugih postopkih prenehanja družbe. Ob noveliranju ZFPPIPP bi bil zato na mestu razmislek o morebitni spremembi ubeseditve izbrisnih razlogov. Ustrezna prilagoditev le-teh glede na odpravo zakonskega spregleda pravne osebnosti bi bila milejši, a zadosten in zato primernejši ukrep od posega v temeljna načela prava kapitalskih družb. Ob tem razočara dejstvo, da je bil ZFPPIPP od objave odločitve Ustavnega sodišča v maju 2012 noveliran že dvakrat,²⁵ a poglavje o izbrisu družbe iz sodnega registra brez likvidacije ni bilo prilagojeno odpravi zakonskega spregleda pravne osebnosti, četudi v poslovni praksi izbrisni razlog neustrezno navedenega poslovnega naslova povzroča nemalo težav.

4.2. Varstvo upnikov po izbrisu družbe iz sodnega registra brez likvidacije

Poleg tega, da lahko upniki praviloma preprečijo izbris družbe brez likvidacije in s tem ohranijo varstvo, ki jim ga zagotavljajo drugi postopki prenehanja družbe, jih določbe ZFPPIPP varujejo tudi v obdobju po izbrisu družbe iz sodnega registra, in sicer lahko:

- zahtevajo plačilo terjatev, ki jih imajo do izbrisane družbe, od družbenikov na podlagi splošnih pravil o spregledu pravne osebnosti;
- zahtevajo povrnitev škode od članov posloводства ali organa nadzora izbrisane družbe po določbah ZFPPIPP;
- predlagajo začetek stečajnega postopka nad premoženjem izbrisane družbe.

Upniki lahko varstvo po prvih dveh alinejah uveljavljajo v svojem imenu in za svoj račun, vse dokler nad morebitnim premoženjem izbrisane družbe ni začet stečajni postopek.

Ustavno sodišče je leta 2007 pojasnilo, da v skladu z določili ZFPPOd upniki družbe, ki je bila izbrisana iz sodnega registra brez likvidacije, niso imeli možnosti prijaviti svoje terjatve, kot je to sicer pravilo v likvidacijskem (ali stečajnem) postopku. Ob tem so družbeniki izbrisanih družb ohranili položaj univerzalnih pravnih naslednikov družbe in so s tem prevzeli morebitno premoženje (pa tudi obveznosti) izbrisane družbe.²⁶ Po določbah ZFPPIPP družbeniki niso več univerzalni pravni nasledniki izbrisane družbe,²⁷ zato lahko pridejo do morebitnega premoženja

24 Upniki morajo dosledno spremljati objave sklepov sodišč o začetku postopka izbrisa njihovih dolžnikov na spletnih straneh Agencije za javnopravne evidence in storitve (AJPES) in vlagati ugovore, da ni pogojev za vodenje postopka izbrisa. Ugovor proti sklepu o začetku postopka izbrisa je treba vložiti v dveh mesecih (prvi odstavek 436. člena ZFPPIPP). Lahko sklenemo, da ta rok ni prestrog, četudi bi lahko bil daljši. Za primerjavo morajo upniki v stečajnem postopku prijaviti svojo terjatev do insolventnega dolžnika v treh mesecih po objavi oklica o začetku tega postopka (drugi odstavek 59. člena ZFPPIPP).

25 Uradni list RS, št. 47/2013 in 100/2013.

26 Odločba Ustavnega sodišča, št. U-I-117/07 z dne 21. 6. 2007, točka 14.

27 *Plavšak*, Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP) z uvodnimi pojasnili, GV Založba, Ljubljana 2008, stran 307.

izbrisane družbe le tako, da predlagajo stečajni postopek nad premoženjem izbrisane družbe in če v postopku stečaja po poplačilu vseh upnikov ostane še kaj premoženja za družbenike. Težaven je položaj, ko so družbeniki že pred izbrisom iz družbe na nedopustne načine prenesli premoženje na druge pravne subjekte, s povzročitvijo izbrisa družbe iz sodnega registra brez likvidacije s selitvijo (izbrisni razlog neustrezno navedenega poslovnega naslova) pa so le »zabrisali sledi«. V teh primerih so gotovo podani razlogi za »klasičen« spregled pravne osebnosti družbe.

Predlog za začetek stečajnega postopka nad morebitnim premoženjem izbrisane družbe lahko vložijo tudi upniki, ki verjetno izkažejo svojo terjatev do izbrisane družbe. Ta se opravi, četudi družba pred izbrisom ni bila prezadolžena, saj sodišče niti ne presoja, ali je bila izbrisana družba ob izbrisu insolventna. Upniki morajo v predlogu za začetek stečajnega postopka nad premoženjem izbrisane družbe opisati premoženje izbrisane družbe (navesti dejstva) in predlagati dokaze, iz katerih izhaja, da je to premoženje pripadalo izbrisani družbi (na primer izpisek iz zemljiške knjige).²⁸ Za stečajni postopek nad premoženjem izbrisane družbe se smiselno uporabljajo pravila ZFPPIPP o stečajnem postopku nad pravno osebo (drugi odstavek 442. člena ZFPPIPP). Zato lahko stečajni upravitelj v dobro stečajne mase uveljavlja vse zahtevke, na podlagi katerih bi se utegnili »povečati« stečajna masa izbrisane družbe, in sicer ima na primer na voljo:

- uveljavljanje upnikove terjatve zoper družbenike na podlagi splošnih določb o spregledu pravne osebnosti;²⁹
- odškodninski zahtevek upnika zoper člane poslovodstva oziroma nadzornega organa po določbah ZFPPIPP;³⁰
- izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj po določbah ZFPPIPP;
- uveljavljanje družbinih odškodninskih zahtevkov zoper člane organov vodenja in nadzora ter zoper tretje osebe zaradi njihovega vpliva na družbo v skladu z določbami ZGD-1;
- korporacijskopравни zahtevek za vrnitev prepovedanih plačil v skladu ZGD-1.

Ob opozarjanju na te alternativne (oziroma zdaj preostale dopustne) možnosti varstva upnikov po izbrisu družbe iz sodnega registra brez likvidacije je zaslediti kritike v smeri, da ti mehanizmi niso učinkoviti. A ne gre prezreti dejstva, da se v preteklosti v postopku izbrisa družbe niso uporabljali, zaradi česar na tem področju v Sloveniji tudi nimamo spodbudne sodne prakse. Za to obstaja razumljiva, že omenjena razlaga. Pred uveljavitvijo ZPUOOD upniki niso imeli interesa, da bi na sodišča vlagali zahtevke na teh podlagah, saj so za poplačilo svoje terjatve lahko terjali aktivne družbenike izbrisane družbe. Zaradi (učinkovitega, a spornega) zakonskega spregleda

28 V praksi se kažejo težave z razpoložljivostjo in dostopnostjo poslovne dokumentacije izbrisanih družb. Podrobneje *Prostor*, Varstvo upnikov družb, izbrisanih iz sodnega registra brez likvidacije, Podjetje in delo, št. 1/2012, strani 5-18.

29 Z začetkom stečajnega postopka nad premoženjem izbrisane družbe preneha pravica upnikov uveljavljati zahtevke zoper družbenike na podlagi določb o spregledu pravne osebnosti (šesti odstavek 443. člena ZFPPIPP).

30 Odškodninski zahtevek lahko v tem primeru poleg stečajnega upravitelja uveljavlja tudi upnik izbrisane družbe, vendar prav tako le v dobro stečajne mase izbrisane družbe (2. točka prvega odstavka 442. člena ZFPPIPP v povezavi s 5. odstavkom 44. člena ZFPPIPP).

pravne osebnosti so imeli torej (boljše) možnosti poplačila (celotne) svoje terjatve iz osebne premoženjske mase družbenikov. Posledično pogosto niso bili zainteresirani, da bi preprečili izbris, saj so si od premoženjske mase družbenikov izbrisane družbe lahko obetali višje poplačilo, kot pa bi ga bili deležni v morebiti začetem stečajnem postopku nad družbo.

Čeprav drži, da je sodna praksa tudi sicer do zahtevkov na podlagi splošnega spregleda pravne osebnosti (po ZGD-1) zadržana, gre vendarle za institut, ki posega v temeljna načela prava kapitalskih družb. Ampak v slovenski sodni praksi je zaslediti nekaj odločb, kjer je sodišče ugodilo upnikom na podlagi spregleda pravne osebnosti, ob mnogih zavrnilih odločbah pa so se prav tako že oblikovale smernice, v skladu s katerimi lahko upniki v prihodnje učinkoviteje uveljavljajo zahtevke na tej podlagi. Sodna praksa zaradi uveljavljanja odškodninske odgovornosti članov posloводства ali organa nadzora (izbrisane) družbe po določbah ZFPPIPP se bo tudi šele morala izoblikovati,³¹ so pa že znani primeri priznane odškodninske odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora na podlagi določb ZGD-1.³²

5. SKLEP

Pravna teorija si ni enotna glede ustreznosti zakonskega spregleda pravne osebnosti, tudi v poslovni praksi so stališča deljena. Kot je bilo orisano v uvodu tega prispevka, *ex lege* prehod obveznosti kapitalске družbe na njene družbenike močno posega v temelje prava družb. Bolj kot vprašanje Višjega sodišča v Celju v zgoraj citirani odločbi: »/.../ ali je zakonodajalec za spremembo obstoječe ureditve imel razumne razloge, ali dosedanja ureditev ni bila več primerna oziroma potrebna /.../,« bi bilo zato na mestu vprašanje, zakaj je zakonodajalec sploh uzakonil zakonski spregled pravne osebnosti. Končno odločitev o tem bo torej sprejelo Ustavno sodišče, če bo prišlo do presoje. Kljub navedenemu bi lahko sprejeli stališče, da je bil v sedanjem času zaostrenih ekonomskih razmer, plačilne nediscipline ter nekakšnega voluntarističnega pojmovanja korporacijskih pravic pomislek o ustreznosti tovrstne osebne odgovornosti aktivnih družbenikov za obveznosti izbrisanih kapitalskih družb utemeljen.³³

Ustavno sodišče je leta 2007 opozorilo, da osebna odgovornost aktivnih družbenikov za obveznosti izbrisanih družb ni edina ustavno-skladna možnost ureditve

31 *Ilič, Štefančič*, Zahtevki upnikov v skladu z ZFPPIPP, Odvetnik, št. 55/2012, stran 32. Več o odškodninski odgovornosti posloводства in članov nadzornega sveta v razmerju do upnikov na podlagi določb ZFPPIPP glej *Plavšak*, navedeno delo, stran 64 in naslednje.

32 V zvezi z odgovornostjo članov posloводства glej na primer odločbo VSL sodba I Cpg 510/2010 z dne 16. 9. 2010 (v tej zadevi revizija ni bila vložena), ter sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št. III Ips 75/2008 z dne 21. 12. 2010. Več *Podgorelec*, Odškodninska odgovornost članov posloводства – analiza nekaterih sodb Vrhovnega sodišča RS, Podjetje in delo, št. 5/2013, strani 763-791.

33 Podrobneje *Prelič*, Nekateri dodatni pogledi na problematiko izbrisa družb iz sodnega registra, Podjetje in delo, št. 5-6/2011, strani 1602-1609. K razmisleku poziva tudi *Hudson*, navedeno delo, stran 281.

varstva upnikov družb, izbrisanih brez likvidacije.³⁴ Odtlej se je (z ZFPPIPP) ureditev postopka izbrisa družbe brez likvidacije izboljšala, a je (uveljavitev ZPUOOD in z njim) odprava neomejene odgovornosti aktivnih družbenikov za obveznosti izbrisane družbe znatno zmanjšala varstvo upnikov. Vendar pa je ureditev zdaj takšna, da v tem postopku ne privilegira niti upnikov niti družbenikov izbrisanih družb. Varstvo upnikov bi utegnilo biti nezadostno le v primeru vodenja izbrisnega postopka zaradi neustreznega poslovnega naslova družbe, ki ni insolventna in le ob strogi gramatikalni razlagi določb ZFPPIPP s strani slovenskih sodišč. Težavo bi lahko rešili ob noveliranju ZFPPIPP z milejšimi ukrepi od ponovne dopustitve zakonskega spregleda pravne osebnosti. Poudariti velja, da namreč taka ureditev »globoko poseže v temelje tradicionalno priznanega pravnega bistva kapitalskih družb.«³⁵ Manjšo nedovršenost v ureditvi pa bi za zdaj lahko »reševala« sodišča z razlago zakona, ki sledi namenu instituta izbrisa družbe iz sodnega registra brez likvidacije, tj. odstranitev nedelujočih družb iz pravnega prometa.

34 Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-117/07, z dne 21. 6. 2007, točka 20.

35 Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-1-135/2000, z dne 9. 10. 2002, točka 48.

Summary

SHALL SLOVENIAN CONSTITUTIONAL COURT FOR THE 4TH TIME REACH A DECISION ON LIFTING THE LEGAL CORPORATE VEIL?

Article deals with the *ex lege* lifting the corporate veil, more precisely with its introduction in 1999 and its abolition in 2011. The discussion opens up the issues relating to reasonableness of the mentioned institution, since there is still no consent to this specific Slovene legislation in legal doctrine.

Key words: *lifting the corporate veil, cancellation of company from the register without liquidation, protection of creditors.*

Zusammenfassung

WIRD DAS VERFASSUNGSGERICHT DER REPUBLIK SLOWENIEN FÜR DAS VIERTE MAL ÜBER DIE DURCHBRECHUNG DER RECHTSPERSÖNLICHKEIT ENTSCHEIDEN?

Die Arbeit beschäftigt sich mit der Einführung und Aufhebung des Instituts von Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit, welche in der Republik Slowenien 1999 eingeführt und 2011 aufgehoben wurde. Die Diskussion eröffnet die Frage der Sinnhaftigkeit des genannten Instituts da es im Rechtsfachgebiet keine Einigung über diese Besonderheit des slowenischen Gesellschaftsrechtes gibt.

Schlüsselwörter: *Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit, Löschung der Gesellschaft aus dem Gerichtsregister ohne Liquidation, Gläubigerschutz.*

Riassunto

LA CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA DI SLOVENIA SI TROVA AD UN PASSO DAL PRONUNCIARSI PER LA QUARTA VOLTA SUL SUPERAMENTO DELLO SCHERMO SOCIETARIO?

Nel contributo gli autori si occupano dell'introduzione e dell'abolizione dell'istituto del superamento dello schermo societario, che nella Repubblica di Slovenia venne introdotto nel 1999 e successivamente abolito nel 2011. Dal dibattito emerge la questione circa l'opportunità di tale istituto, giacché tra i giuristi non esiste un consenso su tale specifico aspetto del diritto societario sloveno.

Parole chiave: *superamento dello schermo societario, cancellazione della società dal registro giudiziale senza liquidazione, tutela del creditore.*

KODEKS ETIKE U POSLOVANJU HRVATSKE GOSPODARSKE KOMORE (OD ETIČKIH NAČELA DO SUROVE PRAKSE)

Dr. sc. Marinko Đ. Učur,
redoviti profesor u mirovini, znanstveni savjetnik
Rijeka

UDK: 347.7:17
Ur.: 1. veljače 2014.
Pr.: 20. veljače 2014.
Prikaz

Sažetak

Skupština Hrvatske gospodarske komore donijela je na temelju Zakona o hrvatskoj gospodarskoj komori (NN br. 66/91. i 73/91.) i Statuta Hrvatske gospodarske komore (NN br. 56/91. do 172/11.), Kodeks etike u poslovanju NN br. 71/05. Odredbe ovog kodeksa obvezuju sve poslovne subjekte na području RH koji su potpisali izjavu o prihvaćanju Kodeksa. Bez obzira na broj potpisnika, u ovom se članku analizira sadržaj tog Kodeksa koji potvrđuje značenje poslovne etike, kao posebne etike, prvenstveno u gospodarskim odnosima u RH. Kodeks ima zahtijevane nomotehničke pretpostavke (vizu, ime, sadržaj, prostorno i vremensko značenje).

Predlaže se i drugim subjektima da donesu "vlastite kodekse", bez obzira što je stvorena obveza poštivanja pravila ovog Kodeksa. To se odnosi na poštovanje utvrđenih načela, pravne norme i uvriježenih odnosa. Ponašanje je dobro ili loše u unutarnjim odnosima poslovnih subjekata, međusobnim odnosima, rješavanju povreda Kodeksa i drugim odnosima.

Ključne riječi: *Hrvatska gospodarska komora, Kodeks etike u poslovanju, poslovna etika, odgovornost.*

1. UVOD

Skupština Hrvatske gospodarske komore (dalje: HGK) potvrdila je "postojanje i sadržaj Kodeksa etike u poslovanju" 23. svibnja 2005. Kada je odluka donesena, viza ove odluke i Kodeksa bile su Zakon o Hrvatskoj gospodarskoj komori i Statut Hrvatske gospodarske komore. "Odredbe ovog Kodeksa obvezuju sve poslovne subjekte na području Republike Hrvatske (dalje: RH) koji su potpisali izjavu o prihvaćanju Kodeksa".

Kodeks je stupio na snagu danom donošenja na Skupštini komore, 23. svibnja 2005., a poslovni subjekti primjenjuju Kodeks od dana potpisivanja izjave o prihvaćanju Kodeksa. Podatke o broju poslovnih subjekata u vrijeme potpisivanja

izjave imao je Odjel za odnose s javnošću Hrvatske gospodarske komore. Podaci o broju su trebali biti objavljeni na internet stranici HGK.¹

Ovim Kodeksom utvrđuju se osnovne smjernice etičkog ponašanja poslovnih subjekata u okviru hrvatskog gospodarstva. U sadržaju Kodeksa nema definiranja pojmova i odnosa, pa tako niti skupni pojam *poslovni subjekt* nije definiran i trebalo bi ga tumačiti prema Zakonu o Hrvatskoj gospodarskoj komori i Statutu Hrvatske gospodarske komore.

Subjekti koji se navode u ovom dokumentu su sljedeći: Skupština HGK-a, poslovni subjekti, poslovni partneri, poslovni ljudi, članice HGK-a, strukovna udruženja, grupacije, zajednice, dionička društva, menadžeri, zaposlenici, potpisnici Kodeksa, državna tijela, korisnici, konkurenti, sud časti pri HGK-a, Centar za mirenje HGK-a, Stalno izabrano sudište pri HGK-u, uprave, nadzorni odbori, suradnici, nevladine organizacije, sud, invalidne osobe, osobe s trajnim ili privremenim posebnim potrebama, radnički predstavnik (radničko vijeće ili sindikalni povjerenik), odjel za odnose s javnošću HGK-a, zastupnik trgovačkog društva, predsjednik skupštine HGK-a i dr.

Sadržaj kodeksa etike u gospodarstvu podijeljen je u preambulu (vizu) i šest (I.-VI.) dijelova s 35 članaka s prilogom (tekst izjave o prihvaćanju Kodeksa).

2. NOMOTEHNIČKE OZNAKE

Kodeks etike u gospodarstvu (dalje: Kodeks), u Uvodu (čl. 1. - 3.) i Općim načelima (čl. 4.-6.) utvrđuje osnovne postavke ovog dokumenta (općeg akta).

Navedeno se određuje pojmovima koji su difuzni i u konkretnoj praksi se mogu tumačiti pomoću filozofije, teorije prava i drugih društvenih znanosti, zakona i standarda koji se javljaju u gospodarstvu. To su “osnovne smjernice etičkog ponašanja poslovnih subjekata u okviru hrvatskog gospodarstva” (čl. 1. st. 1. Kodeksa). Dalje se govori o *etičkim kriterijima* “preporučuje se strukovnim udruženjima, grupacijama, zajednicama i pojedinačnim poslovnim subjektima u okviru Komore da u skladu s vlastitim potrebama razvijaju vlastita etička načela ili kodekse” (podcrtao: M. U.). “Dioničkim društvima se preporuča i usvajanje i provođenje načela modernog korporacijskog upravljanja” (čl. 1. st. 2. - 4.).

U čl. 2. Kodeks naglašava obvezu “poštovanja pravila ovog Kodeksa” svake potpisnice, menadžera (u organizacijskim jedinicama kojima upravljaju); zaposlenika (koji trebaju prihvatiti etička pravila, a koja moraju biti utkana u načinu rada i poslovanja).

Pravila ponašanja u organizaciji moraju biti *definirana i publicirana*, jer se predviđa *sankcioniranje neetičkog ponašanja*. Ako je riječ o pravilima u organizaciji, onda su to autonomni opći akti (statuti, sporazumi, kolektivni ugovori, pravilnici o radu, odluke i drugi opći akti s općim normama) u kojima su sadržane pravne norme (s elementima pravne norme: hipotezom, dispozicijom i sankcijom) kako bi se postiglo “etičko ponašanje” onih subjekata na koje se prostorno i vremenski odnosi taj propis.

U odredbama čl. 3. Kodeks zabranjuje “politički utjecaj na sudbenu vlast” i

1 Službena stranica HGK: dostupno na: www.hgk.hr (posjećeno: 10.1.2014.).

pritisak u poslovnim odnosima koji su usmjereni na postizanje ekonomskih interesa za određene subjekte ili grupe osoba”. Predlaže se angažiranje subjekata u donošenju propisa, koje treba biti “argumentirano, transparentno i provedeno institucionalnim putevima”.

Zakonodavni postupak propisan je Ustavom RH, Poslovníkom Hrvatskog sabora i Poslovníkom Vlade RH, kao *institucionalnim putevima*, a sudjelovanje poslovnih subjekata u tom postupku autonomno je određeno njihovim aktima.

Kodeks utvrđuje sljedeća opća načela: odgovornosti, istinitosti, učinkovitosti, transparentnosti, kvalitete, postupanja u dobroj vjeri, poštovanje dobrih poslovnih običaja “prema poslovnim partnerima, poslovnom i društvenom okruženju i vlastitim zaposlenicima”, korektni odnosi, lojalnost, točnost.

Ova načela moraju poštovati poslovni subjekti pridržavanjem važećeg zakonodavstva, u domaćim i međunarodnim okvirima. Posebno se naglašava zaštita okoliša (prirodna i društvena) i zabrana narušavanja u proizvodnji i ponudi. Propust drugoga ne može biti opravdanje za nepoštivanje navedenih načela.

Navedena i druga načela postavljena su difuzno, načelno i puno šire nego u bilo kakvoj pravnoj normi. Zbog toga načela moraju biti ispred i iznad pravne norme, ali i u samoj pravnoj normi. Od poslovnih subjekata zahtijeva njihovo poštovanje uz poštovanje propisa.

Značenje načela tumači se u sadržaju pravnih poslova i odnosa među poslovnim subjektima. Popavac u knjizi *Etika za menadžere* u prvoj rečenici Predgovora navodi: *Brojni sudionici gospodarskog sustava doživljavaju poslovnu etiku kao opterećenje slobodi poduzetničkog djelovanja, zaboravljajući pri tome da se poslovna etika bavi i zaradom.*²

Tako i Sokrat postavlja pitanje: Kako činiti dobro, korisno pojedincu i zajednici? Poslovna etika “nadilazi zakon”.

Kodeksi etičkog ponašanja u poduzećima i u udrugama sve su više pravila, a ponašanje po tim kodeksima tek se utvrđuje i analizira.

Ono što je analizirano u praksi daleko je od onog što piše u kodeksima etičkog ponašanja. Poslovna etika je kao kišobran ili suncobran nad individualnom, institucionalnom i socijalnom etikom.

Za Kodeks HGK može se reći da je primjenjiv na makrorazini i na razini društva RH (okvirni uvjeti poslovanje, jednake šanse za uspjeh). Konkurenti moraju imati “iste šanse” (približno).

Na razini poduzeća (poslovnih subjekata) kodeks je, prvenstveno odnos interne naravi (odgovornosti): prema radnicima, dioničarima, sindikatima, a eksterno prema drugim partnerima, potrošačima i javnosti.³

“Etika je teorija ispravnog ponašanja. Moral se odnosi na praksu ispravnog ponašanja. Etika se bavi stvarima kakve treba da budu... Etika je, dakle skup pravila i kriterija koji određuju koje je ponašanje dobro, a koje je loše.”⁴

Kodeks bi trebao biti osnova institucionalizacije i pretvaranja načela u pravne

2 PUPAVAC, D., *Etika za menadžere*, Veleučilište Rijeka, Rijeka, 2006., str. 6.

3 Ibid., str. 15.

4 Ibid., str. 19.

norme i pravila ponašanja, koja jamči država svojom sankcijom. Praksa poslovnih subjekata njihov je moral kao "oblik ljudske prakse, oblik djelatnoga, praktičnoga odnošenja čovjeka prema svijetu, prema drugim ljudima, kao i prema samom sebi...".

Od poslovnih subjekata očekuje se ponašanje u poslovnim odnosima koje će se u poslovnom svijetu ocijeniti kao dobro. Ako nije tako, ocjena je loša (često sankcija po unaprijed utvrđenoj pravnoj normi). U praksi se potvrđuju vrijednosti poslovnog (i drugog) svijeta. Poslovni subjektim često u poslovanju nemaju mogućnost izbora vrijednosti. Kodeks postavlja "generalna određenja" (smjernice, okvire).

Ponašanje je uvijek rezultat čovjekovog rada u određenoj radnoj funkciji: uprave ili menadžmenta trgovačkog društva (rukovodnog osoblja, osoba ovlaštenih na zastupanje i predstavljanje, drugih "odgovornih osoba", ali i svakog radnika, odnosno izvršitelja određene "radne operacije" u konkretnoj organizaciji rada. Kad-tad navedeno se manifestira kao "dobro ili zlo" što ima za posljedicu pozitivnu ocjenu ili kaznu.⁵

3. MEĐUSOBNI ODNOSI POSLOVNIH SUBJEKATA

U posebnoj glavi pod naslovom *Međusobni odnosi poslovnih subjekata*, Kodeks precizira očekivanu realizaciju navedenih načela etike u poslovanju i traži od poslovnih subjekata da se "strogo pridržavaju preuzetih obveza u okviru zakona i dogovorenih ugovornih uvjeta...", ali da to ne ometa ostale poslovne subjekte u izvršavanju njihovih "obveza", niti da subjekt preuzima "obveze za koje je svjestan da ih neće moći ispuniti".

U navedenom djelu Pupavac tvrdi da nema moralnosti bez određenog stupnja svijesti, znanja, savjesti i volje.⁶ To je zahtjev i prema poslovnim subjektima.

„*Svijest* se izražava kao sposobnost planiranja i predviđanja postupaka i njihovih posljedica, a *savjest* se izražava kao izraz ocjene vlastitih postupaka temeljem svijesti o posljedicama postupaka i razvijenoga osjećanja dužnosti i obveznosti.”

Kodeks obvezuje poslovnog subjekta da daje točne podatke o svom poslovanju; poslovnim partnerima, državnim tijelima i javnosti, a "poslovanje tog subjekta ne smije zloupotrebjavati povjerenje korisnika, potrošača, poslovnih partnera...".

"Prilikom sklapanja ugovora, poslovni subjekti će formulirati odredbe na način da budu jasne i precizne, i da se ne mogu tumačiti suprotno stvarnoj volji stranaka".⁷ To su nezamjenjiva načela obveznog prava.

Zahtijeva se deklarirana kvaliteta proizvoda i usluga, a "nekorektnim se smatra davanje ponuda za sklapanje posla s nedovoljnim podacima za donošenje odluke od strane korisnika". To se posebno odnosi na prodaju internetom (kao i na kupnju i prodaju neposredno).

U međusobnim odnosima "poslovni subjekti će se rukovoditi načelom uzajamnosti, načelima o slobodnoj i fer konkurenciji, a neće primjenjivati fiktivno

5 KANGRGA, M., *Etika - Osnovni problemi i pravci*, Golden marketing-tehnička knjiga, Zagreb, 2004., str. 15. (Vidi PUPAVAC, D., *Etika za menadžere*, op. cit., str. 22.).

6 PUPAVAC, D., *Etika za menadžere*, op. cit., str. 23.

7 Kodeks, op. cit., čl. 8. i 9., vidi i Zakon o obveznim odnosima, NN br. 35/05., 41/08., 125/11.

sniženje cijena roba i usluga”.

Smatra se nedopuštenima *damping*, neetičko pribavljanje informacija o konkurentima, lažne informacije, dogovaranje o cijenama, podjeli tržišta, bojkotu kupaca ili dobavljača, stjecanje povlaštene tržišne pozicije i dr.⁸

Nastavljajući regulirati odnose poslovni subjekti – korisnici (jer je etika odnosa i prema poslovnim partnerima), obvezuju se poslovni subjekti da u razumnom roku odgovore na pitanja, primjedbe i pritužbe “korisnika”, a pri kupoprodaji kupcu moraju biti “jasno priopćeni... odnosi vezani za jamstvo, reklamacije, zamjena kupljenog proizvoda i povrat novca” uz propisane obveze (zamjenski proizvod ili usluga, vraćanje novčane protuvrijednosti).⁹

Davanje i primanje poklona ne smije “uvjetovati sklapanje posla...” i povlašteni položaj, a “oblik i vrijednost poklona moraju biti u skladu sa zakonima, internim odnosima poslovnog subjekta i prihvaćenom poslovnom praksom”.¹⁰

Sporovi se nastoje riješiti sporazumom (dobrovoljnim izvršavanjem obveza) odnosno u okviru Komore za “sporove zbog povrede dobrih poslovnih običaja i etičkih pravila u poslovanju rješavat će se pred sudom časti pri HGK”, koristeći pri tome administrativni servis Centra za mirenje HGK, te “u obliku sveobuhvatnog činjeničnog razrješavanja spora pred arbitražom kod stalnog izbranog sudišta pri HGK”.¹¹

“Poslovna etika može pružiti dokaze da je neka gospodarska praksa nemoralna, ali očito da ponajprije od onih koji je proučavaju ovisi hoće li ono što uče pretvoriti u praksu”.¹²

Ipak, ta je praksa puna financijskih i drugih malverzacija, skandala, kršenja zakona i drugog što uvjetuje gubljenje povjerenja *investitora* i drugih subjekata na svim razinama. Gube se radna mjesta i nestaju značajna sredstva.

Zahtijeva se sve veće angažiranje javnosti (samo - svijesti javnosti), javnog mišljenja, bolje gospodarenje prirodnim i drugim resursima svih vrsta i uravnoteženiji odnos ekonomije nad politikom, a sve veći broj skandala (mita i korupcije) djeluje na pojedince i njegove usluge da se stvara i razvija važnost poslovne etike.¹³

4. UNUTARNJI ODNOSI U POSLOVNOM SUBJEKTU

Zdrav “organizam”poslovnog subjekta jamstvo je da se razvijaju i unutarnji i vanjski odnosi u skladu s Kodeksom. Autonomija je bitna. Istina ima i tu determinantu prvenstveno “vanjskih utjecaja”. No, i pored toga poslovni subjekti samostalno uređuju svoju organizaciju i pravila ponašanja, poštujući pri tome važeće propise, kolektivne i individualne ugovore, te štiti ljudska prava, dostojanstvo i ugled svakog pojedinca.

U pitanju je veliki “registar” univerzalnih, regionalnih i državnih (heteronormnih

8 Kodeks, op. cit., čl. 10.-16.

9 Kodeks, op. cit., čl. 17.

10 Kodeks, op. cit., čl. 18.

11 Kodeks, op. cit., čl. 19.

12 PUPAVAC, D., Etika za menadžere, op. cit., str. 25.

13 Tako i PUPAVAC, D., Etika za menadžere, op. cit., str. 26.

i autonomnih) propisa o trgovačkim društvima (od osnivanja do stečaja), financijskom i drugom poslovanju, radnim odnosima itd.

Posebna je odgovornost na radnicima, članovima uprava, nadzornim odborima i dr. u “profesionalnom obavljanju poslova” i promicanju “posebnih interesa poslovnog subjekta”; (zaštita imovine, čuvanje povjerljivih informacija) te “briga za ugled i odnose s poslovnim partnerima, državnim tijelima, nevladinim organizacijama i javnošću u cjelini”.¹⁴

Zabranjena je utakmica (konkurencija) zaposlenog i poslovnog subjekta (u Zakonu o radu razlikuje se ugovorna i zakonska zabrana utakmice).¹⁵

“Poslovne odluke vezane za zapošljavanje, edukaciju, raspoređivanje poslova, plaću, vrednovanje i nagrađivanje radnog učinka, promociju zaposlenika i osobito otkazivanje ugovora o radu moraju biti *korektne i pravedne*”. (*podcrtao U.M.*)

Riječ je o jednom zahtjevnom “spletu” odnosa koji se odnose na zapošljavanje i radni odnos. Kodeks sve to podvodi pod obvezu (“moraju biti”) standarda korektnosti i pravednosti. Teško bi se sve drugačije podvelo pod pojam protupravnosti. Kodeks ostaje na razini načela.¹⁶

„Nije dopuštena diskriminacija i uznemiravanje zaposlenika” ni po jednoj osnovi kako utvrđuje Ustav i zakonodavstvo (spol, rasa, vjerska, nacionalna ili politička pripadnost, tjelesni nedostaci, dob, obiteljski status ili bilo kakve osobne značajke ili uvjerenja).¹⁷

Odredbe čl. 24. st. 1. Kodeksa odnose se na zaštitu na radu, zaštitu i sigurnost života i zdravlja radnika i obveze poslodavca po toj osnovi („sigurni radni uvjeti rada“, zabrana izlaganja radnika rizicima i dr.).

Odredba čl. 24. st. 2. odnosi se na razvoj zaposlenika, inovativan i kreativan rad. Od poslodavca se očekuje da na temelju toga i propisa o radu i radnim odnosima, detaljnije uredi autonomnim općim aktima pravo na obrazovanje, usavršavanje, specijalizaciju, ali i zahtjevne prekvalifikacije i dokvalifikacije i druge oblike osposobljavanja primjerene novim tehnologijama i suvremenoj organizaciji rada.¹⁸ „Radno vrijeme bit će usklađeno s važećim propisima“.

Kodeks obvezuje da „u okviru raspoloživih mogućnosti“ poslodavci „svojim zaposlenicima osiguraju primjerenu plaću s obzirom na radni učinak, kvalifikacije, radno iskustvo, uvjete i vrijeme rada“, na vrijeme „i u skladu sa zakonima, kolektivnim ugovorima (ako postoje) i ugovorom o radu“.¹⁹

U odredbama čl. 2. reguliraju se pitanja radnih odnosa (način rješavanja „nastalog problema“), ako su prekršena zakonska ili ugovorna prava „zaposlenika ili poslovnog subjekata“. Prema čl. 26. st. 1. ti subjekti imaju „pravo i dužnost (?) zatražiti rješavanje nastalog problema unutar poslovnog subjekta“, a ako se spor ne može tako

14 Kodeks, op. cit., čl. 21.

15 Kodeks, op. cit., čl. 22. Vidjeti i Zakon o radu, NN br. 149/09., 119/10., 61/11., 82/12., 73/13., čl. 93.-98. Ipak, za utvrditi je da je riječ o zakonskoj (propisanoj) zabrani utakmice, jer se ugovorna zabrana uređuje pojedinačnim ugovorom između poslodavca i radnika.

16 Kodeks, op. cit., čl. 23., st. 1.

17 Kodeks, op. cit., čl. 23., st. 2.

18 Zakon o radu, op. cit., čl. 36. i 37., čl. 90.-92.

19 Kodeks, op. cit., čl. 25., Zakon o radu, op. cit., čl. 82.-89.

riješiti (mirnim putem) zaposlenik „ima pravo zatražiti zaštitu pred sudom“. Nadalje, „u osobito teškim slučajevima kršenja prava dopustivo je (?) i iznošenje slučaja u medijima, ali rizik takvog postupka snosi osoba koja ga je poduzela“. ²⁰ No postavlja se pitanje, zašto samo u „osobito teškim slučajevima“?

Posebno je uređeno pitanje prikupljanja podataka o radniku, njihovo čuvanje, davanje drugima i sudovima, kao i „zaštita sukladno važećim propisima“. ²¹

„Sve invalidne osobe ili osobe s trajnim ili privremenim posebnim potrebama moraju se pri zapošljavanju, obavljanju svojih radnih obveza i ostalih aktivnosti tretirati kao i ostali građani u svojim pravima i obvezama, ali poštujući i uvažavajući posebne potrebe ovih osoba“. ²²

Odredbama glave IV. utvrđuju se pravila ponašanja u „unutarnjim odnosima u poslovnom subjektu“, a na taj način Kodeks želi pomiriti filozofsko i ekonomsko viđenje etike i morala. Koliko se pojedinačni (individualni) etički sudovi mogu sagledati s motrišta tvrtke“, uz svu „moguću kontradiktornost etičkih zahtjeva u poduzeću s logikom konkurentski orijentiranog gospodarstva“. ²³ Također, Pupavac kaže da se etička načela mogu realizirati i u tržišnom gospodarstvu „pod ekonomskim pritiskom konkurencije“.

Poslovna etika sa svojim načelima i normama (?) „usmjerava ponašanje aktivnih sudionika u gospodarskom sustavu“, utemeljene „na općim ljudskim vrijednostima i usmjerene su na dobrobit čovjeka“.

Kodeks nastoji pomiriti ekonomske posljedice i posljedice gospodarskih aktivnosti i poslovnih odluka za društvo, okruženje i ključne sudionike“ (u ovom slučaju, prvenstveno radnike i poslodavce).

Kodeks postavlja viša pravila i načela sa zadaćom „istaknuti i opisati hvale vrijedne postupke pojedinaca i poduzeća u poslovanju te promišljati ideale kojima bi trebalo težiti“ (za sebe, za užu i širu zajednicu). ²⁴

Očekuje se da će tako postavljene vrijednosti u Kodeksu biti pretočene u sudove (prosudbe) i pravne norme.

Kodeks je postavio vrijednosti u odnosima: poslovni subjekt-poslodavac-radnik-drugi radnici-subjekti u široj zajednici i poslovnim odnosima (slobode, jednakosti, dostojanstvo, jednaka prava u jednakim odnosima itd.). ²⁵

Drugi autori naglašavaju da se „pravda, djelotvornost, ekonomičnost i etičnost postiže kada se sve zbiva na svome mjestu - horizontalno, na svojoj razini složenosti - vertikalno i u svoje vrijeme transvezalno“. ²⁶

No pored svega prethodno navedenog u etičkim kodeksima i propisima (svih klasifikacija) u poslu se javljaju: pohlepa, lažni izvještaji o poslovanju, nepoštovanje ugovorenog, nelojalnost, utakmica, ponižavanje, omalovažavanja, diskriminacija itd.

20 Kodeks, op. cit., čl. 26., Zakon o radu, op. cit., čl. 127.

21 Kodeks, op. cit., čl. 27., Zakon o radu, op. cit., čl. 4. i 34.

22 Kodeks, op. cit., čl. 28.

23 PUPAVAC, D., Etika za menadžere, op. cit., str. 27.

24 Ibid., str. 28.

25 Poslovna etika počiva na sljedeća tri načela: načelo pravednosti, načelo solidarnosti, načelo supsidijarnosti ili predodređenosti, ibid., str. 31. i 32.

26 BEBEK, B., KOLUMBIĆ A., Poslovna etika, Sinergija, Zagreb, 2005., str. 111.

Poslovna etika nadilazi pravne norme i uči da sve što je zakonito nije etično (odnosno moralno), i obrnuto. Jedno bez drugog „ne ide“ i potrebno je dobro poznavanje prakse i svih čimbenika koji je uvjetuju da se približno traži ravnoteža (ali i da se nađe).

5. RJEŠAVANJE POVREDA KODEKSA

Kodeks u dva članka 29. i 30. uređuje rješavanje povreda Kodeksa, o „mogućim ili počinjenim kršenjima kodeksa ili zakonskih propisa“. Ova kumulacija govori o uzročno-posljedičnim (isprepletenim) vezama i odnosima etike i propisa. Kodeks je svojevrsni izvor prava, u konkretnom slučaju trgovačkog prava.

Pravo je „svakog zaposlenika, odnosno ovlaštenog radničkog predstavnika (radničkog vijeća ili sindikalnog povjerenika) ili suradnika poslovnog subjekta obveznog ovim Kodeksom da o protupravnim ponašanjima obavijesti, neposredno nadređenu osobu“. Poslovni subjekti „mogu internim aktima regulirati način prijave kršenja Kodeksa“.

U postupku posebnu odgovornost ima menadžment poslovnih subjekata, a podnositelj prijave „koji podnese utemeljenu prijavu... ne smije zbog toga snositi sankcije ili biti diskriminiran u budućem radu“. Protivno tomu podnositelj neutemeljene prijave „snosit će sankcije u skladu s internim aktima poslovnog subjekta“.

Posebna je važnost autonomnog reguliranja ovih pitanja i odnosa, jer se mogu propisivati sankcije za povrede Kodeksa: savjet, opomena, upućivanje na edukaciju, zahtjev za ispravljanjem učinjene povrede, novčana kazna, otkaz s ponudama izmijenjenog ugovora, otkaz ugovora o radu.

Svaka kazna zahtijeva prethodno propisivanje postupaka: organa, radnji i rokova. U pitanju su temeljna ljudska prava, pa to zahtijeva i posebno reguliranje.

Ako se radi o težem kršenju Kodeksa ili neprimjereno dugom rješavanju prijave“ svaka se osoba... „treba obratiti višoj instanci unutar poslovnog subjekta“, ali i nekom od organa (sudova časti, arbitraži Hrvatske gospodarske komore).

„...Etika može egzistirati samo tamo gdje postoji izgrađena efektivna i respektabilna pravna infrastruktura. Etika ide ispred Zakona i može se definirati na način da „lijepa riječ željezna vrata otvara“.²⁷ No, praksa „neformalne“ (sive) ekonomije sve je više prisutna: krše se propisi svih sadržaja i klasifikacija (o vlasništvu, radnim odnosima, financijskom i bankarskom poslovanju, autorskom pravu i pravu industrijskog vlasništva, propisi u socijalnom i drugom osiguranju i dr.). To se odnosi i na korupciju „kao zlouporabu javnih ovlasti za privatnu korist“.²⁸

To se može razumjeti ako se znaju i razumiju bitni subjekti poslovne etike: društvo, poduzeće (poslovni subjekt), zaposlenici, dioničari, konkurentska poduzeća, kupci i dr.

Poduzeća bi se morala (trebala) „primjereno ponašati“, a nije tako jer je u brojnim subjektima: slaba organizacija, sredstva i mjere zaštite na radu (u najširem smislu riječi), loši su uvjeti rada (fizičke, ekonomske, socijalne i pravne naravi), fizičko i

27 PUPAVAC, D., Etika za menadžere, op. cit., 51.

28 Ibid., str. 82.

psihološko maltretiranje radnika, prestroge kontrole radnika, neredovita isplata plaća, neadekvatno radno vrijeme, odmori i dopusti, neplaćanje prekovremenog rada, rada nedjeljom i blagdanom, noćnog i drugog rada itd.²⁹

S druge strane radnici se ponašaju neetično: potkradaju poslodavca, ostavljaju mane na robu, nevjerni su. Kupci se žale na visoke cijene, loše uvjete kredita, nisku kvalitetu robe i usluga, na neispravne proizvode, pa i opasne proizvode, obmanjivanja i sl.

Pupavac smatra „da bi etika zaista postala sastavni dio svjesnoga djelovanja poduzeća, u poslovnoj praksi preporuča se primjena klasičnih strategija za promjenu shvaćanja i navika, a to su: senzibilizacija, konkretizacija i učvršćivanje.³⁰

6. PRIHVANJE KODEKSA

U prilogu Kodeksa nalazi se obrazac Izjave o prihvatanju Kodeksa etike u poslovanju kojim poslovni subjekt (trgovačko društvo) potvrđuje da prihvaća Kodeks etike u poslovanju, koji je skupština HGK potvrdila Odlukom 23. svibnja 2005., te da je spremno pridržavati se pravila Kodeksa prihvatanjem svih prava i obveza koja iz toga proizlaze.

„Odredbе ovog Kodeksa obvezuju sve poslovne subjekte na području RH koji su potpisali Izjavu o prihvatanju Kodeksa“.³¹

Kodeks stupa na snagu danom donošenja Odluke o prihvatanju Kodeksa na skupštini HGK“, a poslovni subjekti primjenjuju Kodeks od dana potpisivanja Izjave o prihvatanju Kodeksa.³²

Time je ispunjen nomotehnički zahtjev da propis ima označen (datiran) dan donošenja i dan stupanja na snagu kao i dan početka primjene. Riječ je o vremenskom važenju propisa.³³ Ovim Kodeksom HGK „želi unaprijediti poslovnu etiku u hrvatskoj poslovnoj praksi“. „Na dan 1. listopada 2005. nakon pet mjeseci taj Kodeks prihvatilo je 37, a na dan 13. kolovoza 2006. svega 385 od oko 60.000 subjekata koliko ih ima u Hrvatskoj“.³⁴

Ovo potvrđuje da se radi o autonomnom općem aktu, jer ga je donio HGK, ali ga Izjavom o prihvatanju (autonomno) donose poslovni subjekti.³⁵

29 Ibid., str. 111.

30 Ibid., „Vrijednosti su srca etike“, str. 126. i 127.

31 Izjava se dostavlja određenom tijelu HGK, koje „vodi i ažurira“ popis potpisnica Kodeksa, Kodeks, op. cit., čl. 31. st. 2.

32 Kodeks, op. cit., čl. 34. i 35.

33 Tekst Kodeksa kao i Popis potpisnica bit će objavljen na web stranici HGK-a (www.hgk.hr), Kodeks, op. cit., čl. 33.

34 PUPAVAC, D., Etika za menadžere, op. cit., str. 125.

35 Broj Izjava o prihvatanju 4. rujna 2012. iznosio je 695, a 21. siječnja 2014, 816 subjekata, dostupno na: www.hgk.hr (21.1.2014.).

7. ZAKLJUČAK

7.1. Pisati o Etičkom Kodeksu, o etici, o moralu uplovljavanje je u nemirne vode, pune neizvjesnosti, različitih poslovnih subjekta i još različitijih fizičkih i pravnih osoba koji se javljaju kao korisnici u „plovidbenom pothvatu“. Zahtjev za moralnim ponašanjem je „opasna kriza jer na kraju od miša traži, nemojmo misliti da je to bezazleno, preuzimanje „etičke odgovornosti“ prema siru kojeg nitko ne čuva“.³⁶

Koliko detalja, napora, činjenica i odnosa kako bi se ostvarilo sve što se hoće (a ostvari se malo toga), uz velik broj onih koji misle da su *Helion*.³⁷ Odluka je u brojnim odnosima „po diktatu srca, mozga ili lisnice“.³⁸ Izbor je moguć, ali u biti upitan između onog „pravoga“ i „gospodarski modificiranoga“.³⁹

Na koga „računa“ Etički kodeks kada 20% svjetskoga stanovništva troši 80% raspoloživih resursa, odnosno „...razvojni procesi na koje se oslanja velika organizirana distribucija doslovno su neodrživi“.⁴⁰

Prije nego što se pouzdamo u certifikate treba znati tko ih izdaje, na temelju koje i kakve dokumentacije!?

7.2. U časopisu „Radno pravo“ iz ožujka 2012. gost urednik Davor Majetić, glavni direktor Hrvatske udruge poslodavaca, u Uvodniku ističe: „Nedvojbena je činjenica da su poslodavci i zaposlenici partneri i da se borimo za iste ciljeve... za što bolje rezultate naših kompanija, jer samo oni mogu osigurati egzistenciju i pristojan život svima, poslodavcima i radnicima“.

U istom Uvodniku spominju se i pojmovi i standardi: suradnja, povjerenje, bolji uvjeti poslovanja, rast i razvoj kompanija, dobra primanja, kvalitetan život, rigidan zakon, dobro obavljanje posla, fleksibilizacija, teško okruženje, komuniciranje s radnicima i dr.

U istom broju časopisa Nataša Novaković, dipl. pravica Hrvatske udruge poslodavaca, govoreći o drugoj temi piše: „U svakom slučaju produženu primjenu pravnih pravila treba mijenjati, jer se radi o institutu koji nanosi veliku štetu i javnom i privatnom sektoru“. Ovo je samo aspekt poslodavaca, ali ne i sindikata (radnika), što bi značilo da se „ne bore za iste ciljeve“.⁴¹

7.3. U „nedaće“ industrijskog, a sada i globalnoga društva spada i kršenje ljudskih i sindikalnih prava. Udruge su nužne, pa i (udruživanje) radnika u sindikate. Kome odgovaraju vlasnici trgovačkih društava i poslodavci? Po naravi kapitala odgovaraju dioničarima i udjelničarima, ali moraju odgovarati i drugim subjektima (državi, radnicima, poslovnim partnerima i dr.).

Stvorena je klima, svojevrsni omotač oko poslodavaca nadnaravnih „parola“ o

36 CURCIO, R., Etička klopka, TIM Press, Zagreb, 2007., str. 25.

37 Ibid., str. 26. („*Helion* je grčki bog koji ima moć da samo jednim pogledom obuhvati čitavu Zemlju i informira Olimp što se događa“)

38 Ibid., str. 97.

39 Ibid., str. 104.: „Genski modificiran kukuruz, riža, rajčice, najčešće pristaju jednako dobro u trgovački centar i na izložbu moderne umjetnosti“.

40 Ibid., str. 111.

41 Bez obzira što Hrvatska udruga poslodavca (HUP) nije subjekt Etičkog kodeksa o kome se piše u ovom tekstu, „relacije“ su prepoznatljive.

pravdi i pravednosti, demokraciji, nediskriminaciji, ljudskim slobodama i pravima, slobodnijem i pravednijem društvu, humanim uvjetima rada, zaštiti života, zdravlja i drugim dvosmislenim, (difuznim) pojmovima i odnosima.

Tko kome i kako odgovara? Što uopće znači odgovornost? Tu se, pored drugih akata, javljaju etički kodeksi, koji pored brojnih drugih, zahtjeva postavljaju pred radnika da „u ime i za račun“ poslodavca „uhode“ (kontroliraju) i prijavljuju „kolege s posla“, kada i kako krše „pravila poduzeća“. U etičkim kodeksima postavljaju se „načela“ i „vrijednosti“ određenog poduzeća.

Često se događa da se tim etičkim načelima daje prednost u odnosu na pravne propise (a trebali bi se nadopunjavati). Propis se mora poštivati inače slijedi kazna (sankcija) kao posljedica protupravnog ponašanja. Ako je pitanje odgovornosti etičko pitanje, onda je upitna odgovornost?!

Ako dokument nema pravnu snagu onda nije obvezujući. Međutim, u biću povrede etičkoga kodeksa može biti i protupravnog ponašanja. Država mora uređivati odnose o uvjetima rada, radnika i sindikalnim pravima.

Etički kodeks mogao bi popuniti pravnu prazninu. No, kako je autonomni akt, onda njegov donositelj autonomno (samostalno) određuje i njegov sadržaj.

Zakon mora postojati u sustavu koji štiti ljudska prava i slobode. Etički kodeks ne mora, ali je preporučljivo da se donese, da postoji.⁴²

Primjeri govore da je zbrinjavanje radnika privremeno (vremenski ograničeno) bez obzira na „program zbrinjavanja viškova radnika“. Sve se to navodi u Etičkom kodeksu u dijelu „O vrijednostima i načelima“ prema radnicima, kupcima, dobavljačima, dioničarima, partnerima i drugima, kao uporišne vrijednosti.

Nadzor svega toga je minimalan. Odlučujući izvor vrijednosti poduzeća su radnici, „sposobni za konkretnu, živu, emotivnu spoznaju o svakodnevnom odnosu“. Istraživanja govore da su radnici sumnjičavi na donošenje etičkoga kodeksa (odbijaju ga ili su većinom suzdržani) i prema tomu su ravnodušni, jer „poduzeća gledaju isključivo profit i korist, ne baveći se drugim problemima“. Postavke poduzeća i onoga što se konkretno događa je u suprotnosti.

7.4. U odnosu na radnike, *Etički kodeks, sadrži sljedeća određenja:*

- sudjelovanje radnika (pojedina i udruga);
- stimuliranje kreativnosti i međusobne suradnje;
- poštovanje dužnosti pojedinih radnika i njegovih doprinosa (praćenjem rezultata rada);
- izbjegavanje bilo kojeg oblika protekcije i diskriminacije;
- davanje prednosti sposobnostima za obavljanje poslova;
- odnos i privrženost načelima poslodavca;
- izbor radnika po načelu objektivnosti, jednakosti i dosljednosti;
- jamčenje jednakih mogućnosti svima;
- obrazovanje i suradnja radnika;
- ozbiljnost, strogost, stručnost vodećih kadrova;

42 CURCIO, R., Etička klopka, op. cit., str. 26.: „Sva poduzeća s više od 500 zaposlenih koja imaju europsko značenje i kotiraju na burzi, moraju reći kakav je njihov odnos prema trima glavnim subjektima: dioničarima, zaposlenima i dobavljačima“.

- uvjeti rada određuju se u suradnji sa sindikatima i radničkim predstavnicima.

No rad sve manje vrijedi. Ne cijeni se izravan odnos s potrošačima, ne ide se na stručno usavršavanje, više se potiču „priučeni radnici“ i ugovori na određeno vrijeme. „Neiskusno i podložno osoblje spremno je raditi sve i svašta kako bi dobilo ugovore na određeno vrijeme“.

Zagovaranje „nužne fleksibilnosti“ u praksi se održava kao podloga i obrazloženje poslodavca kada želi mijenjati bilo koju odredbu ugovora o radu: raspored radnog vremena (dvokratno, višekratno, kraće smjene, manji odmori); primanje na posao sa što kraćim trajanjem radnog odnosa; odnos prema sindikatu u svakodnevnom informiranju i komunikaciji, onemogućavanje radniku da se izjasni o prigovoru na njegov posao, sve je više različitih oblika mobbinga i dr.

Participacija (suodlučivanje) radnika je formalno uređena, ali su rezultati minimalni (zanemarivi) i nemaju učinka. Postavljaju se posebni kriteriji i mjerila za „delegiranje“ u tijela poslodavca. Kultura zajedništva sve je manje važna, a afirmira se kultura sumnjičavosti. Udaljuje se odnos poslodavac - radnik.

Poduzimaju se i nezakonite radnje u sprječavanju štrajka. Etički odnosi se namješteno konstituiraju i izolirano odlučuju.

7.5. Radnici se hladnim tehničkim rječnikom zovu „ljudski resursi“, koji su na raspolaganju poslodavcu. To je resurs energije, znanja i sposobnosti koju radnik pokazuje radeći. Iz toga proizlazi i sustav vrednovanja.

Stalan je zahtjev za dokazivanjem kako bi se sačuvalo radno mjesto. Kada se ti radnici pretvore u dioničare onda dolazi do „prelijevanja“ kapitala u ruke dioničara, a na štetu plaća i drugih uvjeta rada i sigurnosti radnog mjesta.

7.6. Drugu skupinu u Etičkom kodeksu čine dobavljači prema kojima se poduzeća odnose besprijeekorno. Riječ je o brojnim partnerima. Zajedno s njima stvara se (plasira) proizvod niže cijene sve preko niskih plaća i lošijih uvjeta rada.

7.7. Kod zapošljavanja radnika poseban problem su agencije za privremeno zapošljavanje. Pravog poslodavca je teško utvrditi (identificirati). *De facto* je to, ipak krajnji korisnik angažiranog radnika. Taj radnik često obavlja poslove i za dva radnika, a plaćen je samo on.

7.8. Radnici su trošak poslodavcu pa se s njima tako i postupa. Potpisuju se „izjave“ o poštovanju etičkoga kodeksa, a u praksi to se ne ostvaruje. Uvjeti rada se pogoršavaju. Zahtijeva se veći intenzitet rada, radnici obavljaju isti opseg poslova za „programirano“ kraće vrijeme. Zarade se smanjuju, a prava određuju odnosi potrošačkog društva. Mnogo toga se pravda „granicom zarada“.

7.9. Teško je navesti sve glavne nepravde, a još teže sve njihove uzroke. Zbog konkurentnosti poduzeća koriste sva moguća zakonita i nezakonita sredstva. U to spada i uskraćivanje elementarnih prava radnicima. Nitko nema pravo da se razvija, a tim razvojem nanosi štetu sigurnosti, slobodi i dostojanstvu čovjeka.

7.10. Obveze u etičkim kodeksima (o vrijednostima i načelima) često su „fasada“. Brojni subjekti moraju biti angažirani da bi poslodavci postali odgovorniji, a društvo povezanije.

Mijenjaju se odnosi i subjekti koji ih projektiraju, ostvaruju i analiziraju. Mijenjaju se pojmovi, ali i njihov sadržaj: rad, moral, odgovornost, pravo i dr.

Nesigurnost i nestabilnost je sve prisutnija.

U potrošačkom društvu sve se mora kupiti: voda, zdravlje, obrazovanje, pa i vlastiti izgled (pravedan, etičan, odgovoran). Radnici se mijenjaju kao na traci, pokušavaju za kratko vrijeme prilagoditi se sve većim zahtjevima poslodavaca, sve jednostavnije ostaju bez posla, a sve ga teže pronalaze. Etika ne može polagati pravo na rezanje ili prekranje povoljnijih prava.

Summary

THE CODE OF ETHICS ON BUSINESS CONDUCT OF THE CROATIAN CHAMBER OF ECONOMY (FROM ETHIC PRINCIPLES TO BRUTAL PRACTICE)

The assembly of the Croatian Chamber of Economy has enacted, on the basis of the Law on the Croatian Chamber of Economy (Official gazette no. 66/91 and 73/91) and the Statute of the Croatian Chamber of Economy (Official gazette no. 56/91-172/1) the Code of ethics on business conduct (Official gazette no.71/05). “*Provisions of this Code of ethics are compulsory for all business subjects on the territory of the Republic of Croatia, who have signed the declaration on acceptance of the Code of ethics*”. Disregarding the number of signature parties, in this paper the author analyses the contents of the Code of ethics which reaffirms the significance of the ethics on business conduct as a special kind of ethics, primarily in the business relationships in Croatia. The Code of ethics has demanding nomotechnical requirements (preamble, title, content, space and time significance).

It is suggested to other subjects to enact “their own code of ethics”, never mind the standing obligation derived from rules of this Code of ethics. This is connected with complying to the prescribed principles, legal norms and conventional relations. The behaviour is good or bad in the interim relations of business subjects, mutual relations, the working out of Code of ethics infringements and other relations.

Key words: *The Croatian Chamber of Economy, the Code of ethics on business conduct, business ethics, responsibility.*

Zusammenfassung

ETHIK-KODEX IN DER GESCHÄFTSFÜHRUNG DER KROATISCHEN WIRTSCHAFTSKAMMER (VON ETHISCHEN GRUNDSÄTZEN BIS ZUR GROBEN PRAXIS)

Die Versammlung der Kroatischen Wirtschaftskammer hat aufgrund des Gesetzes über die kroatische Wirtschaftskammer (Amtsblatt der Republik Kroatien Nr. 66/91 und 73/91) und des Statuts der Kroatischen Wirtschaftskammer (Amtsblatt der Republik Kroatien Nr. 56/91 bis 172/11) den Ethik-Kodex über die Geschäftsführung erlassen (Amtsblatt der Republik Kroatien Nr. 71/05), welcher besagt: „Die Bestimmungen dieses Kodexes sind für alle Rechtssubjekte in der Republik Kroatien, welche die

Aussage über das Akzeptieren des Kodexes unterzeichnet haben, verbindlich.“ Ungeachtet der Nummer der Unterzeichneten wird der Inhalt dieses Kodexes in diesem Artikel analysiert, welcher die Bedeutung der Geschäftsethik als einer besonderen Ethik, vor allem in Wirtschaftsverhältnissen in der Republik Kroatien, bestätigt. Der Kodex erfüllt gesetzgebungstechnische Voraussetzungen (Name, Inhalt, räumliche und zeitliche Bedeutung).

Den anderen Subjekten wird vorgeschlagen, „eigene Kodizes“ zu erlassen, ungeachtet der festgestellten Pflicht, die Regeln dieses Kodexes zu achten. Das bezieht sich auf die Achtung der festgestellten Grundsätze, der Rechtsnorm und der üblichen Verhältnisse. Das Verhalten ist in inneren Verhältnissen von Rechtssubjekten, in gegenseitigen Verhältnissen, bei der Entscheidung über Kodexverletzungen und in anderen Verhältnissen gut oder schlecht.

Schlüsselwörter: *Kroatische Wirtschaftskammer, Ethik-Kodex in der Geschäftsführung, Geschäftsethik, Verantwortlichkeit.*

RIASSUNTO

IL CODICE ETICO NELL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE DELLA CAMERA DI COMMERCIO CROATA (DAI PRINCIPI ETICI ALLA RUDE PRATICA)

L'assemblea della Camera di commercio croata in forza della legge sulla Camera di commercio croata (NN n. 66/91 e 73/91) e dello statuto della Camera di commercio croata (NN n. 56/91 fino a n. 172/11) ha emanato il codice etico nell'attività professionale NN n. 71/05. *“Le disposizioni del presente codice obbligano tutti i professionisti sul territorio della Repubblica di Croazia che hanno sottoscritto la dichiarazione di accettazione del Codice”*. A prescindere dal numero di sottoscrittori, nel presente lavoro si analizza il contenuto di tale Codice che conferma il significato dell'etica professionale, quale particolare etica specialmente nei rapporti commerciali in Croazia. Il codice dispone dei presupposti necessari dettati dalla tecnica giuridica (nome, contenuto, significato spaziale e temporale).

Si suggerisce anche agli altri soggetti di emanare un “proprio codice”, a prescindere dal fatto che sia sorto un dovere di rispetto delle regole di questo Codice. Un tanto si riferisce al dovere di rispetto dei principi ivi sanciti, delle norme giuridiche e dei rapporti consueti. Il comportamento è buono o cattivo nei rapporti interni dei professionisti, nei rapporti interpersonali, nella risoluzione delle violazioni del Codice e degli altri rapporti.

Parole chiave: *Camera di commercio croata, Codice etico nell'attività professionale, etica professionale, responsabilità.*

Prikazi

(Surveyes, Beschprechungen, Presentazioni)

PROF. DR. SC. MARIJAN ĆURKOVIĆ,

***Komentar Zakona o
obveznim osiguranjima u prometu,***

INŽENJERSKI BIRO D.D., ZAGREB, 2013., STR. IV + 261.

U mjesecu studenom 2013. godine, objavljena je nova knjiga autora prof. dr. sc. Marijana Ćurkovića, *Komentar Zakona o obveznim osiguranjima u prometu*, u izdanju Inženjerskog biroa iz Zagreba.

Važnost obveznih osiguranja u prometu nije potrebno posebno naglašavati. U njima se međusobno isprepleću interesi oštećenika, osiguranika i osiguratelja. Oštećenicima se omogućuje da relativno brzo ostvare naknadu štete koju su pretrpjeli u prometu (cestovnom, zračnom, vodenom), osiguranicima (štetnicima) se pruža financijska zaštita od zahtjeva za naknadu štete za koju su odgovorni, a osigurateljima se omogućuje ostvarivanje značajne akumulacije sredstava i dobiti. Zakonom o obveznim osiguranjima u prometu uređena su navedena osiguranja. Taj je Zakon donesen još 2005. godine te je više puta mijenjan, a posljednje izmjene i dopune stupile su na snagu stupanje Republike Hrvatske u Europsku uniju 1. srpnja 2013. Posljednjim izmjenama i dopuna hrvatsko zakonodavstvo obveznog osiguranja u prometu u cijelosti je usklađeno s onim europskim. Problematika vezana uz usklađivanje s europskim pravom obveznog osiguranja u prometu u knjizi zauzima poprilično mjesta što knjigu prof. Ćurkovića čini još više aktualnijom.

Prof. Ćurković u svojoj knjizi (Komentar) prikazuje, komentira,

daje odgovore na pitanja, izlaže kritici i predlaže poboljšanja pojedinih zakonskih odredbi. Također, na mnogim mjestima u knjizi kada ukazuje na neki pravni problem nudi moguće odgovore prikazom rješenja iz poredbenog prava (država EU-a, ali i SAD-a) kao i pozivanjem na sudsku praksu (uz kritično promišljanje iste kada je to nužno) čime knjiga (Komentar) u cjelini dobiva na još većoj znanstvenoj i stručnoj težini.

Knjigu možemo podijeliti na tri djela. U prvom dijelu koji nosi naslov „Uvod“ autor iznosi osnovne teoretske postavke o osiguranju, osiguranju od odgovornosti, o razlozima uvođenja obveznog osiguranja od odgovornosti za štete od motornih vozila te o povijesnom razvoju istog. Time se ujedno omogućuje da i čitatelj kojemu je materija osiguranja relativno nepoznata upozna s istom kako bi lakše mogao pratiti središnji dio knjige. Drugi, ili bolje rečeno središnji dio knjige (od 14. do 221. stranice) predstavlja komentar odredbi Zakona o obveznim osiguranjima u prometu (ukupno 72 članka). Forma pisanja je takva da se ispod svake odredbe Zakona nalazi autorov tekst komentara odredbe. Treba naglasiti da je autor pripremio urednički počišćen tekst Zakona (koji je do sada imao sveukupno 4 izmjene i dopune), pri čemu su posljednje izmjene i dopune (ZID Zakona o obveznim osiguranjima u prometu, NN, br. 76/13) u samom pročišćenom tekstu označene

podebljanim slovima. Time se lakše uočavaju izmjene i dopune u odnosu na stariji, raniji tekst Zakona. Konačno u posljednjem trećem djelu knjige sadržani su prilozi: 1) Izvadak iz Zakona o obveznim odnosima (odredbe o ugovoru o osiguranju i odredbe o odgovornosti za štetu), 2) tekst Uredbe (EZ-a) br. 785/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. o zahtjevima za zračne prijevoznike i operatere zrakoplova u vezi s osiguranjem, 3) tekst Uredbe Komisije (EU) br. 285/2010 od 6. travnja 2010. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 785/2004 Europskog parlamenta i Vijeća o zahtjevima u vezi s osiguranjem zračnih prijevoznika i operatera zrakoplova.

Knjiga je opremljena popisom literature, stvarnim kazalom i popisom kratica. Stvarno kazalo omogućuje pregled i lakše snalaženje u bogatom i heterogenom sadržaju knjige (uz odgovarajući pojam označene su odgovarajuće stranice u knjizi). U literaturi su metodom znanstvenog pisanja rada navedeni autori knjiga i članaka na hrvatskom, njemačkom, francuskom, talijanskom i engleskom jeziku.

Jezik i stil pisanja knjige je jednostavan. Tekst se brzo čita, a njegov smisao se lako uočava i razumije. Za

pohvalu je i korištenje podebljanih slova za ključne riječi u tekstu, što pridonosi njegovoj dinamici, a što je korisno čitateljima koji su već upućeni u materiju obveznih osiguranja u prometu.

Knjiga je namijenjena prije svega pravnicima praktičarima koji se u svom radu bave ili nailaze na pojedina pitanja iz domene obveznih osiguranja u prometu: djelatnici osiguravajućih društava i ostalih subjekata tržišta osiguranja, suci, odvjetnici. Zbog svog znanstvenog pristupa knjiga je namijenjena i pravnim znanstvenicima, studentima poslijediplomskih studija te kao dodatna literatura studentima diplomskih/preddiplomskih studija pri izradi diplomskog ili završnog rada. No knjigu toplo preporučamo i svakome kome je potreba pravna pomoć ili savjet u vezi s obveznim osiguranjima u prometu.

Na kraju preostaje čestitati autoru na uloženom trudu da ovakvo kapitalno djelo iz prava osiguranja ugleda svjetlo dana, uz želje da nas ovako plodonosan autor i dalje počasti novim izdanjima. To i ne bi trebalo biti tako teško s obzirom na činjenicu da je prisutan stalan razvoj prava osiguranja u Europskoj uniji pa time posljedično i kod nas.

*Doc. dr. sc. Loris Belanić
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci*

DRAGAN ZLATOVIĆ, IVAN MALENICA

***Novo hrvatsko radno pravo,
ogledi iz radnog prava i pravne prakse,***

LIBERTIN NAKLADA, RIJEKA, 2013.

Autori Dragan Zlatović i Ivan Malenica napisali su knjigu Novo hrvatsko radno pravo – ogledi iz radnog prava i pravne prakse. Knjigu potpisuju kao nastavnici Veleučilišta u Šibeniku. Knjiga je nova po brojnim oznakama: izdavač je Libertin naklada u Biblioteci Pravo i zakoni (urednica Maja Žagar, prof.), a recenzenti su prof. dr.sc. Marinko Đ. Učur, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i znanstveni savjetnik i prof.dr.sc. Milorad Čupurdija, profesor visoke škole na Veleučilištu Lavoslav Ružička u Vukovaru.

Autori imaju veliko profesionalno i životno iskustvo i rezultate u tome. Napisali su aktualan i originalan udžbenik i vrijedan priručnik.

Izdavanje ovog veleučilišnog udžbenika odobrilo je svojom odlukom Povjerenstvo za izdavačku djelatnost Veleučilišta u Šibeniku, 23. svibnja 2013. godine.

Hrvatska ima, kažu autori, “moderno koncipirano i legislativno uređeno novo hrvatsko radno pravo, koje je neka od svojih sadašnjih rješenja našlo u radnopravnoj doktrini i višegodišnjoj sudskoj praksi radnog sporenja”. Toj radnopravnoj doktrini pridružuje se sada i ovo vrijedno djelo.

Uz postojeće udžbenike i zakonske

komentare iz radnog prava autori su “ponudili nešto fleksibilnije štivo, u svrhu primjene Zakona u praksi” i ostvarili želju da na jednostavan i razumljiv način izlože sadržaj predmeta, ne propuštajući ništa bitno za upoznavanje ove problematike.

Tematika je znanstveno i značajki raspoređena, pristupačna te znanstveno obrađena. Knjiga ima 789 + XXVI stranica i obuhvaća najznačajnija pitanja iz radnog prava : uvodnog dijela u Radno pravo, individualno i kolektivno radno pravo te ogleđa iz posebnog dijela radnog prava, s pogovorom, temeljnom literaturom i kazalom pojmova.

Knjiga je namijenjena studentima i nastavnicima, ali i brojnim praktičarima koji se bave radnim odnosima. Sve je to zahtijevalo veliko znanje i uloženo vrijeme autora da napišu, povežu I objave ovo djelo. Dijelovi knjige imaju sastavne jedinice u kojima se spretno rasčlanjuju pojedini pojmovi, kategorije, instituti i radni odnosi.

Djelo je potpuno, izvorno po svojoj koncepciji i kompoziciji i u praksi primjenjivo. Svi sudionici u ovom djelu obavili su posao po standardima suvremene stručne knjige.

Zbog toga ovu knjigu preporučujem, a autorima želim još mnogo novih djela.

*Dr. sc. Marinko Đ. Učur
redovni profesor u mirovini
znanstveni savjetnik*

BRUNO MOSLAVAC,

Osnove radnog prava za menadžere,
II. izd.,

**VISOKA ŠKOLA ZA MENADŽMENT
U TURIZMU I INFRASTRUKTURI, VIROVITICA, 2013.**

Autor BRUNO MOSLAVAC iz Virovitice napisao je knjigu OSNOVE RADNOG PRAVA ZA MENADŽERE – II. izd. Visoke škole za menadžment u turizmu i informatiku, Virovitica, 2013. Knjiga je uređena po pravilima udžbenika izdavača, kojega potpisuje doc. dr. sc. Vesna Bedeković, prof. v. š. Recenzenti su prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur, prof. dr. sc. Jasminka Gradašćević-Sijerčić i prof. dr. sc. Vilim Herman.

Autor ima veliko životno i profesionalno iskustvo i rezultate. Objavio je preko pedeset stručnih i znanstvenih radova u časopisima Hrvatskoj pravnoj reviji, Informatoru, zbornicima međunarodnih studija, ljetopisima, godišnjacima nakladnika Organizator, zbornicima veleučilišta i visokih škola, časopisu Radno pravo, Pravni vjesnik, Osijek, Andragoškom glasniku i drugima. Autor je viši predavač u znanstvenom području društvenih znanosti, polje pravo, grana radno i socijalno pravo.

Ovo djelo ima cjeloviti opseg. Obuhvaća 285 stranica + XVII (sadržaja) i XVIII-XXIV Kazala pojmova. Strukturu djela čine: Uvod u radno pravo, Osnovne odrednice; Osnovna načela Radnog prava; Koncept dostojanstva rada; Sklapanje ugovora o radu; Uvjeti zapošljavanja stranaca; Obveze radnika; Fleksibilnost i fleksigurnost; Privremeno

zapošljavanje; Zaštita zdravlja i sigurnost radnika; Zaštita dostojanstva radnika; Obrazovanje i osposobljavanje radnika za rad; Radno vrijeme; Odmori i dopusti; Radnička prava iz roditeljstva; Zaštita nesposobnih za rad; Plaće; Izumi i tehnička unapređenja; Naknada štete; Prestanak ugovora o radu; Pravilnici o radu; Ostvarivanje prava i obveza iz radnog odnosa; Sudjelovanje radnika u odlučivanju; sindikati i udruge poslodavaca; Kolektivni radni sporovi i dr.

Svi navedeni dijelovi imaju sustavne jedinice u kojima se stručno i znanstveno raščlanjuju pojedini pojmovi, kategorije, instituti i radnopravni (individualni i kolektivno pravni) odnosi. Obrada je dosljedna.

Po svojoj koncepciji i kompoziciji ovaj udžbenik je izvorni, aktualan i značajan za obrazovanje, primjenu i zaštitu prava na radu. Stajališta autora su jasna i u praksi primjenljiva. Sadržajno djelo je potpuno razumljivo i uključuje brojne definicije, sudsku praksu i prijedloge.

Stoga je važno i u teoriji i u praksi. Namijenjeno je brojnim subjektima i upotpunit će literaturu o radnopravnim odnosima u obrazovnom i praktičnom sustavu Republike Hrvatske.

Djelo ima sve elemente visokoškolskog udžbenika. Autor

dosljedno razvija misli, postavlja hipoteze, predlaže rješenja na temelju argumenata. Koristi razumljivo (znanstveno i stručno) nazivlje. Stil je razumljiv i jednostavan.

Preporučujem ovu knjigu. Imat će široku primjenu. Izdavač je ocijenio vrijednost ovog djela. Autor ima znanstvene i stručne temelje za nova stvaranja.

*Dr. sc. Marinko Đ. Učur
Redovni profesor u mirovini
Znanstveni savjetnik*

UPUTE SURADNICIMA

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci objavljuje radove iz područja pravnih i društvenih znanosti. Uredništvo prima rukopise na hrvatskom, engleskom, talijanskom i njemačkom jeziku, a odlukom uredništva prihvaća za objavljivanje rukopis i na nekom drugom stranom jeziku. Radovi se uredništvu dostavljaju u elektroničkom obliku (CD ili e-mail) i otisnuti na papiru poštom u tri istovjetna primjerka. Uredništvo prima isključivo neobjavljene rukopise. Uz naslov rada nužno je navesti ime, prezime i titulu autora, naziv i adresu ustanove ili kućnu adresu te e-mail adresu.

Preporučeni opseg rada u pravilu je do dva autorska arka. Radu treba biti priložen sažetak na hrvatskom jeziku. Sažetak se prevodi na engleski jezik te po izboru autora na njemački ili talijanski jezik. Sažetak ne smije prelaziti 200 riječi upućujući na svrhu rada, metodologiju, najvažnije rezultate i zaključak. Prilaže se na posebnoj stranici s navedenim imenom i prezimenom autora, nazivom institucije, naslovom rada, do pet ključnih riječi i s oznakom „Sažetak“.

Rukopis koji se predaje za objavljivanje u Zborniku Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci treba biti pisan i opremljen u skladu s Uputama za oblikovanje teksta koje su objavljene na mrežnoj stranici: <http://pravri.uniri.hr/hr/advancedmodules/znanost/zbornik/upute.html>.

Detaljne upute autorima i recenzentima glede razvrstavanja radova dostupne su na mrežnoj stanici: <http://pravri.uniri.hr/hr/advancedmodules/znanost/zbornik/upute.html>.

Svi radovi podliježu anonimnom recenzentskom postupku. Radi anonimizacije rukopisa, koja se obavlja uklaňanjem imena autora, neprihvatljivo je da autor u radu piše na način da je identitet autora moguće otkriti iz načina na koji upućuje na vlastite radove.

Rukopisi se ne vraćaju. Uredništvo pridržava pravo rukopis redakcijski prilagoditi propozicijama časopisa i radove predane na hrvatskom jeziku lektorirati sukladno standardima hrvatskog književnog jezika.

Prikazi knjiga, osvrti i ocjene ne podliježu recenziji, ne smiju biti dulji od osam kartica i potpisuju se na kraju.

Rukopisi se upućuju na adresu: zbornik@pravri.hr, Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, HR-51000 Rijeka.

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka publish scientific papers from the field of legal and social sciences. The editorial board accepts scientific papers written in Croatian, English, Italian and German language, nevertheless, the board may according to its internal decision accept for publishing scientific papers in some other foreign language. The papers should be submitted in the electronic form (CD or e-mail) and printed out in three identical copies sent by post. The editorial board strictly accepts unpublished manuscripts. Together with the title of the paper the authors should submit their name, family name and title, name and address of the institution or home address as well as their e-mail.

It is recommended to submit papers which should not exceed more than 32 type-written double-spaced pages (about 10000 words). A summary in Croatian language should be attached to the paper. The summary will be translated in English and German or Italian language. The summary should encompass no more than 200 words and should inform about the purpose of the paper, methodology, the most important results and conclusion. The summary should be enclosed on a separate page stating the name and family name of the author, name of the institution, title of the article, no more than five key words and a denotation "Summary".

Manuscript submitted for publishing in the Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka should be written and formatted according to the Instructions for Text Formatting which can be downloaded at <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/format.pdf>.

Detailed instructions for authors and reviewers regarding the classification of papers can be downloaded at <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/category.pdf>.

All papers will be subjected to anonymous review procedure. Due to paper anonymity which is ensured by removing the author's name, it is unacceptable to submit a paper written in a way revealing the author's identity by citations of his own previous written works.

Submitted contributions will not be returned. The editorial board holds the right to editorially adjust the paper to journal's propositions and to language-edit written works in Croatian language according to standards of Croatian standard language.

Book reviews, comments and surveys are not subjected to review. They should not exceed eight typed double-space pages (about 2400 words). The authors are expected to sign them before submitting.

Manuscripts should be sent to the following address: zbornik@pravri.hr, Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka, Hahlic 6, CROATIA-51000 Rijeka.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

AKCIJSKA PRODAJA ZBORNIKA!

Naručujem/o ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

- | | |
|--|--|
| • po jedinstvenoj cijeni od 25,00 kn. | Vol. 28 br. 2 (2007.). _____ primjeraka |
| Vol. 20 br. 2 (1999.). _____ primjeraka | Vol. 29 br. 1 (2008.). _____ primjeraka |
| Vol. 21 br. 1 (2000.). _____ primjeraka | Vol. 29 br. 2 (2008.). _____ primjeraka |
| Vol. 21 br. 2 (2000.). _____ primjeraka | Vol. 30 br. 1 (2009.). _____ primjeraka |
| Vol. 22 br. 1 (2001.). _____ primjeraka | Vol. 30 br. 2 (2009.). _____ primjeraka |
| Vol. 22 br. 2 (2001.). _____ primjeraka | Vol. 31 br. 1. (2010.). _____ primjeraka |
| Supplement br. 1 (2001.). _____ primjeraka | Vol. 31 br. 2 (2010.). _____ primjeraka |
| Vol. 23 br. 1 (2002.). rasprodan | Supplement, Vol. 31 br. 1. (2010.). rasprodan |
| Vol. 23 br. 2 (2002.). _____ primjeraka | Vol. 32 br. 2 (2011.). _____ primjeraka |
| Supplement br. 2 (2002.). _____ primjeraka | Vol. 32 br. 1 (2011.). rasprodan |
| Vol. 24 br. 1 (2003.). _____ primjeraka | Vol. 32 br. 2 (2011.). _____ primjeraka |
| Vol. 24 br. 2 (2003.). _____ primjeraka | Vol. 33 br. 1 (2012.). rasprodan |
| Supplement br. 3 (2003.). _____ primjeraka | Vol. 33 br. 2 (2012.). _____ primjeraka |
| Vol. 25 br. 1 (2004.). _____ primjeraka | po cijeni od 50,00 kn |
| Vol. 25 br. 2 (2004.). _____ primjeraka | Vol. 34 br. 1 (2013.). rasprodan |
| Vol. 26 br. 1 (2005.). _____ primjeraka | • po cijeni od 90,00 kn |
| Vol. 26 br. 2 (2005.). _____ primjeraka | Vol. 34 br. 2 (2013.). _____ primjeraka |
| Vol. 27 br. 1 (2006.). _____ primjeraka | • po cijeni od 150,00 kn |
| Vol. 27 br. 2 (2006.). _____ primjeraka | Vol. 35 br. 1 (2014.). _____ primjeraka |
| Vol. 28 br. 1 (2007.). _____ primjeraka | |

* Napomena: u cijenu nije uračunt porez na dodanu vrijednost u visini 5%.

Ime i prezime/Poduzeće/Ustanova:

Sjedište, adresa, telefon, fax:

OIB: _____

U _____, _____ godine

MP

Potpis:

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci
IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005
Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka
Tel.: 051/359-516, fax 051/675-113, e-mail: skriptarnica@pravri.hr

BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI**UREDNIK: PROF. DR. SC. MIOMIR MATULović**

Biblioteka Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena je 1995. godine. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose. Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici. U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

UDŽBENICI:

- Berislav Pavišić, *Kriminalistika, 1. Uvod, 1997. (rasprodano)*
- Vinko Hlača, *Hrvatsko pomorsko pravo, Izabrani radovi, 2001. (rasprodano)*
- V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. (unutarnja cijena: 165,00; vanjska cijena: 200,00 kn)*
- Matthias Herdegen, *Europsko pravo, 2003. (rasprodano)*
- Milovan Jovanović, *POLIS-OIKOS-NOMOS, Ekonomski zakoni, 2004. (rasprodano)*
- Vladimir Đ. Degan, *Međunarodno pravo, II. osuvremenjeno izdanje, 2006. (rasprodano)*
- Zvonimir Slakoper, *Bankovni i financijski ugovori, 2007. (cijena: 790,00 kn)*
- Robert Blažević, *Upravna znanost, 2007. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo – autorizirana predavanja – 2. izdanje, 2008. (rasprodano)*
- **Dorotea Čorić, *Onečišćenje mora s brodova – Međunarodna i nacionalna pravna regulativa, 2009. (unutarnja cijena: 190,00 kn; vanjska cijena: 550,00 kn)***
- Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo, 3. izdanje, 2010. (rasprodano)*
- **Anamari Petranović, *Obligaciones iuris romani: (breviarum), 2010. (unutarnja cijena 120,00 kn; vanjska cijena 150,00 kn)***
- **Milovan Jovanović i Ivo Eškinja „Osnove ekonomske politike“, 2012. (unutarnja cijena 90,00kn; vanjska cijena 150,00 kn)**
- **Dario Đerđa, *Osnove upravnog prava Europske unije“, 2012. (unutarnja cijena 100,00 kn; vanjska cijena 110,00 kn)***
- **Berislav Pavišić i Tadija Bubalo, *Međunarodno kazneno pravo, 2013. (cijena 90,00 kn)***
- **Velinka Grozdanić, Marissabell Škorić i Igor Martinović “Kazneno pravo – opći dio”, 2013. (cijena 65,00 kn)**
- **Edita Čulinović-Herc, Dionis Jurić, Mihaela Braut Filipović i Nikolina Grković: *Pravno uređenje UCITS fondova na tržištu kapitala, 2013. (u cijenu uračunat PDV: 300,00 kn)***

MONOGRAFIJE:

- Robert Blažević, *Politički poretki i legitimitet, 1995. (rasprodano)*
- Luj Margetić, *Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996. (rasprodano)*
- Marinko Đ. Učur, *Pomorsko radno pravo, 1997. (unutarnja cijena: 50,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Vesna Tomljenović, *Pomorsko međunarodno privatno pravo, Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava, 1998. (rasprodano)*
- Edit Čulinović-Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, 1998. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*

- Lujko Margetić, *Rimsko pravo. Izabrane studije, 1999.* (unutarnja cijena 20,00 kn; vanjska cijena 70,00 kn)
- Milovan Jovanović, *Kapitalizam iznutra, 1999.* (rasprodano)
- Lujko Margetić, *Hrvatska i crkva u srednjem vijeku, 2000.* (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 100,00 kn)
- Vesna Crnić-Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora, 2002.* (unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 120,00 kn)
- Eduard Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), 2002.* (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 130,00 kn)
- Petar Simonetti, *Denacionalizacija, 2004.* (rasprodano)
- Petar Šarčević, *Essays in Private International Law and Comparative Law, 2004.* (unutarnja cijena: 250,00 kn; vanjska cijena: 280,00 kn)
- Robert Blažević, *Karizma, Politička vlast i karizmatičke ličnosti, 2006.* (rasprodano)
- Mirela Župan, *Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu, 2006.* (unutarnja cijena: 79,00 kn; vanjska cijena: 99,00 kn)
- Ivana Kunda, *Internationally Mandatory Rules under Article 7(1) of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation, 2007.* (unutarnja cijena: 89,00 kn; vanjska cijena: 109,00 kn)
- Petar Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu, 2008.* - rasprodano
- Petar Simonetti, *Prava na nekretninama, 2009.* - rasprodano
- Sanja Barić, "Zakonodavna delegacija i parlamentarizam u suvremenim Europskim državama", 2009. (suizdavač: Organizator, Zagreb) (unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 189,00 kn)
- Zvonimir Slakoper, Vilim Gorenc, uz suradnju Maje Bukovac Puvače, "Obvezno pravo - opći dio - sklapanje, promjene i prestanak ugovora", 2009. (suizdavač: Novi informator, Zagreb) (unutarnja cijena: 355,00 kn; vanjska cijena: 530,00 kn)
- Maša Marochini, "SOCIO-ECONOMIC DIMENSION OF THE ECHR - Should there be limits to the European Court of Human Rights reading significant socio-economic elements into Convention rights?", 2013. (cijena 70,00 kn)

ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- Velinka Grozdanić, Alenka Šelih, *Žene i kazna zatvora, 2001.* (rasprodano)
- Velinka Grozdanić i dr. "Kad žena ubije", 2011. (unutarnja cijena =50,00 kn; vanjska cijena: 100,00 kn)
- Susan Šarčević, *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union, 2001.* (unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 128,00 kn)
- Nada Bodiroga Vukobrat, Sanja Barić, "Prekogranična i regionalna suradnja", 2007., (Zbornik radova s međunarodnog znanstvenog skupa održanog na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, 6. i 7. listopada 2006. godine), (cijena: 120,00 kn)
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, "Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu", *Izvori međunarodnog tržišta roba i kapitala, 2005.* (rasprodano)
- Nada Bodiroga Vukobrat, Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje - europski zahtjevi i nacionalna rješenja, 2008. (cijena: 140,00 kn)
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, Vlatka Butorac Malnar, *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosuđnom području, 2009.* (unutarnja cijena: 130,00 kn; vanjska cijena: 180,00 kn)
- Vesna Tomljenović i Kunda: *Uredba Bruxelles I. – izazovi hrvatskom pravosuđu, 2013,* (cijena 150,00 kn)
- Vesna Tomljenović, Silvija Petrić i Emilia Mišćenić, *Nepoštene ugovorne odredbe – Europski standardi i hrvatska provedba, 2013.* (cijena: 150,00 kn)

PRIJEVODI:

- Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi*, 1998. **(besplatno izdanje)**
- R.L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje*, 1999. **(besplatno izdanje)**
- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice*, 2004. **(unutarnja cijena 250,00 kn; vanjska cijena: 300,00 kn - meki uvez)**
- Buergenthal, Thomas, *Međunarodna ljudska prava*, 2011. **(unutarnja cijena 250,00 kn; vanjska cijena: 499,00 kn)**

PRIRUČNICI:

- Miomir Matulović, Berislav Pavišić, *Dokumenti Vijeća Europe*, 2001. **(unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)**

* Napomena: u cijenu nije uračunt porez na dodanu vrijednost u visini 5%.

Nakladnik
PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593

Dekanat tel.: 051/359-600 fax.: 051/675-113

Skriptarnica tel.: 051/359-516

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

OIB: _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

BIBLIOTEKA
ZAVODA ZA KAZNE NE ZNANOSTI MOŠĆENICE

www.pravri.hr/zavodi/zkzm

e-mail: zkzm@pravri.hr

Zavod za kaznene znanosti Mošćenice bavi se, u suradnji s više inozemnih fakulteta i znanstvenih ustanova te drugih tijela, istraživanjem u području kaznenih znanosti, pripremanjem znanstvenih skupova i seminara, te nakladničkom djelatnošću.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi.

- Berislav Pavišić, Gaetano Insolera, *Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava – Dizionario croato-italiano di diritto penale – Dizionario italiano-croato di diritto penale – Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava*, Rijeka, 1997. **(rasprodano)**
- *Talijanski kazneni postupak, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra*, Rijeka, 2002. **(rasprodano)**
- Berislav Pavišić, *Transition of criminal procedure systems, Vol. II.*, 2004. **(unutarnja cijena: 110,00 kn; vanjska cijena: 225,00 kn)**
- Đorđe Milović, *Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta*, 2005. **(unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 180,00 kn)**
- *Codigo procesal penal Modelo para Iberoamerica – Zakonik o kaznenom postupku Model za Iberijsku Ameriku – Codice processuale penale Modello per l'Iberoamerica*, koordinacija: Berislav Pavišić, uvod: Julio B. J. Maier, prijevod: Davide Bertaccini, Ivana Barbara Blažević, Eduard Kunštek, Berislav Pavišić, poredbeni pregled: Vanina Ferreccio, 2005. **(unutarnja cijena: 55,00 kn, vanjska cijena: 55,00 EUR)**
- Lujo Margetić, *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru – Mošćenički zakon i statuti*, Knjiga prva, 2006. **(rasprodano)**
- Marinko Đ. Učur, *Radni odnosi u privatnoj zaštiti*, 2006. **(rasprodano)**
- Dejana Golenko, *Hrvatska kriminalistička bibliografija, Svezak 1 / Bibliography of Croatian Criminalistics, Volume 1*, 2009. **(unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 130,00 kn)**
- Berislav Pavišić, *Hrvatska kaznena jurisdikcija za kaznena djela na moru/Croatian criminal jurisdiction over the crime at sea*, 2013. (cijena 100,00 kn)

* Napomena: u cijenu nije uračunt porez na dodanu vrijednost u visini 5%.

Nakladnik
PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593

Dekanat tel.: 051/359-600 fax.: 051/675-113

Skriptarnica tel.: 051/359-516

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

OIB: _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

