

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK  
PRAVNOG  
FAKULTETA  
SVEUČILIŠTA  
U RIJECI

VOLUMEN 35

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 35,  
Br. 2, str. XII+455-874, Rijeka, 2014.

**ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI**

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

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

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

**GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT  
DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA**

---

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

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

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

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

***Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board:***

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

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

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

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

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

***e-mail:*** zbornik@pravri.hr

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

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 250 primjeraka

---

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

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

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

ISSN 1330-349X

# ZBORNIK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 35

BROJ 2

RIJEKA, 2014.



## SADRŽAJ

### Članci:

- Boris Banovac, Vjeran Katunarić, Marko Mrakovčić,*  
“From War to Tolerance? Bottom-up and Top-down Approaches  
to (Re)building Interethnic Ties in the Areas of the Former Yugoslavia”  
(izvorni znanstveni rad) ..... 455
- Marko Bevanda, Biljana Konev,*  
Oslobođenje od odgovornosti zračnog prijevoznika za štetu  
– izvanredne okolnosti (izvorni znanstveni rad) ..... 485
- Ladislav Heka,*  
Uvođenje mađarskoga jezika u službenu uporabu u Ugarskoj  
i uloga hrvatskih nuncija na Požunskom saboru 1843/44. godine  
(izvorni znanstveni rad) ..... 513
- Ivana Tomas Živković, Dejan Bodul, Nataša Tomas,*  
Pitanja pravnog transplantiranja stečajnog zakonodavstva:  
kolizija pravne tradicije i ekonomskih čimbenika  
(izvorni znanstveni rad) ..... 555
- Sandra Winkler,*  
O uzdržavanju punoljetne djece (izvorni znanstveni rad) ..... 597
- Šime Jozipović,*  
Das Beihilfeprüfungsverfahren und Kroatiens Beitritt zur EU:  
Bedeutung der Bestimmungs- und Rückforderungsprozedur  
für kroatische Steuerbeihilfen (izvorni znanstveni rad) ..... 625
- Matija Miloš,*  
Hrvatske vjerske zajednice u (protu)većinskoj prizmi svjetovne države  
(izvorni znanstveni rad) ..... 651
- Igor Vuletić, Tomislav Nedić,*  
Računalna prijevara u hrvatskom kaznenom pravu  
(prethodno priopćenje) ..... 679
- Tihomir Katulić, Nenad Bogović,*  
Razvoj pravne zaštite mrežne neutralnosti u pravu elektroničkih  
komunikacija s osvrtom na princip transparentnosti  
(prethodno priopćenje) ..... 693

*Ivan Tot,*

Postupci naplate nespornih tražbina prema Direktivi 2011/7/EU  
o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima  
(prethodno priopćenje) ..... 719

*Ines Grubišić,*

Imovinskopravni zahtjev prema okrivljeniku odgovornoj osobi kada  
je kaznenim djelom pribavio imovinsku korist za pravnu osobu  
(prethodno priopćenje) ..... 741

*Ilija Vukčević,*

Ustavni princip jednakosti građana pred zakonom u poreskom sistemu  
Crne Gore: ustavnost zakona o taksama (porezima) na usluge od  
opšteg interesa (pregledni znanstveni rad) ..... 761

*Ante Vuković,*

Državne potpore profesionalnom sportu i trajne novčane naknade:  
hrvatska iskustva i regionalne tendencije (pregledni znanstveni rad) ..... 795

*Sanja Gongeta,*

Promjene regulatornog okvira njemačkog društva s ograničenom  
odgovornošću kao posljedica regulatorne konkurencije u području  
prava društava među državama članicama Europske unije  
(pregledni znanstveni rad) ..... 819

*Aleksandra Popovski,*

Zakonske služnosti u pravnom sustavu Republike Hrvatske  
(pregledni znanstveni rad) ..... 851

## TABLE OF CONTENTS

### *Articles:*

- Boris Banovac, Vjeran Katunarić, Marko Mrakovčić,*  
“From War to Tolerance? Bottom-up and Top-down Approaches to (Re)  
building Interethnic Ties in the Areas of the Former Yugoslavia” ..... 455
- Marko Bevanda, Biljana Konev,*  
Exoneration of the Air Carrier’s Liability for Damage  
– Extraordinary Circumstances ..... 485
- Ladislav Heka,*  
Introduction of the Hungarian Language in Official Use in Hungary  
and the Role of the Croatian Nuncio in Požun (Bratislava)  
Parliament in the Year of 1843/44. .... 513
- Ivana Tomas Živković, Dejan Bodul, Nataša Tomas,*  
Issues of Legal Transplants in Bankruptcy Law: Collision  
of Legal Traditions and Economic Factors ..... 555
- Sandra Winkler,*  
Adult child maintenance ..... 597
- Šime Jozipović,*  
The State Aid Assessment Procedure and Croatia’s Accession  
to the EU: the Meaning of Supervision and Enforcement for  
Croatian State Aid in the Area of Tax Regulation ..... 625
- Matija Miloš,*  
Croatian Religious Communities in the (Counter)majoritarian  
Prism of the Secular State ..... 651
- Igor Vuletić, Tomislav Nedić,*  
Computer- related Fraud in Croatian Criminal law ..... 679
- Tihomir Katulić, Nenad Bogović,*  
Development of legal protection of network neutrality in electronic  
communication law with emphasis on the principle of transparency ..... 693
- Ivan Tot,*  
Recovery Procedures for Unchallenged Claims According to Directive  
2011/7/EU on Combating Late Payment in Commercial Transactions ..... 719

*Ines Grubišić,*

Asserting a Claim for Indemnification Towards a Defendant who  
Committed a Criminal Offence as a Responsible Person of a Legal  
Person which Gained Assets from such Offence ..... 741

*Ilija Vukčević,*

Constitutional principle of equality of citizens before the law  
in the Montenegrin tax system: The assessment of constitutionality  
of the Law on fees (taxes) on services of public interest ..... 761

*Ante Vuković,*

State aid to professional sport and continual monetary funding:  
Croatian experiences and regional tendencies ..... 795

*Sanja Gongeta,*

The Changes of the Regulatory Framework of a German Limited  
Liability Company as a Consequence of Regulatory Competition in the  
Field of Companies Law Among the European Union Member States ..... 819

*Aleksandra Popovski,*

Regulation of Legal Servitudes in Croatian Law ..... 851



## INHALT

### **Beiträge:**

<i>Boris Banovac, Vjeran Katunarić, Marko Mrakovčić,</i>	
„Vom Krieg zum Toleranz? Top-down- und Bottom-up-Ansätze in Prozessen des (Wieder)aufbaus interethnischer Bindungen in ehemaligem Jugoslawien“ .....	455
<i>Marko Bevanda, Biljana Konev,</i>	
Beschränkung oder Ausschluss der Haftung des Luftfahrtunternehmens für den Schaden – ausserordentliche Umstände .....	485
<i>Ladislav Heka,</i>	
Die Einführung von ungarisch als offizieller Sprache in Ungarn und die Rolle von kroatischen Nunzien im pressburger Parlament in 1843/1844 .....	513
<i>Ivana Tomas Živković, Dejan Bodul, Nataša Tomas,</i>	
Fragen der Rechtlichen Transplantierung der Insolvenzgesetzgebung: Kollision der Rechtstradition und wirtschaftlicher Faktoren .....	555
<i>Sandra Winkler,</i>	
Über den Unterhalt für volljährige Kinder .....	597
<i>Šime Jožipović,</i>	
Das Beihilfeprüfungsverfahren und Kroatiens Beitritt zur EU: Bedeutung der Bestimmungs- und Rückforderungsprozedur für kroatische Steuerbeihilfen .....	625
<i>Matija Miloš,</i>	
Kroatische Religionsgemeinschaften im (gegen-)mehrheitlichen Prisma des säkularen Staates .....	651
<i>Igor Vuletić, Tomislav Nedić,</i>	
Computerbezogener Betrug im kroatischen Strafrecht .....	679
<i>Tihomir Katulić, Nenad Bogović,</i>	
Die Entwicklung des Rechtsschutzes der Netzneutralität im Recht der elektronischen Kommunikationen mit Betonung auf den Transparenzgrundsatz .....	693

*Ivan Tot,*

Verfahren der Einziehung von unbestrittenen Forderungen  
gemäss der Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von  
Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr ..... 719

*Ines Grubišić,*

Vermögensrechtlicher Anspruch gegenüber dem Beschuldigten  
als verantwortlicher Person, welche die Straftat der Bereicherung  
zugunsten einer juristischen Person gegangen hat ..... 741

*Ilija Vukčević,*

Verfassungsgrundsatz der Gleichheit von Bürgern vor dem Gesetz  
im Steuersystem montenegros: Verfassungsmässigkeit des Gesetzes  
über Steuer auf Leistungen von allgemeinem Interesse ..... 761

*Ante Vuković,*

Staatliche Beihilfen für professionellen Sport und regelmässige  
Vergütungen: kroatische Erfahrungen und regionale Tendenzen ..... 795

*Sanja Gongeta,*

Änderungen des regulatorischen Rahmens der deutschen Gesellschaft  
mit beschränkter Haftung als Konsequenz der regulatorischen Konkurrenz  
zwischen den EU-Mitgliedsstaaten im Bereich des Gesellschaftsrechts ..... 819

*Aleksandra Popovski,*

Gesetzliche Dienstbarkeiten im Rechtssystem der Republik Kroatien ..... 851

## INDICE

### *Articoli:*

- Boris Banovac, Vjeran Katunarić, Marko Mrakovčić,*  
 “Dalla guerra alla tolleranza? Gli approcci dall’alto e dal basso  
 nei processi di (ri)costruzione dei legami interetnici nei territori  
 della ex-Jugoslavia” ..... 455
- Marko Bevanda, Biljana Konev,*  
 Limitazione o esclusione della responsabilità del vettore aereo  
 per danni – Circostanze straordinarie ..... 485
- Ladislav Heka,*  
 L’introduzione della lingua ungherese nell’utilizzo ufficiale  
 in Ungheria ed il ruolo dei nunzi croati nel Parlamento  
 di Požun (Bratislava) negli anni 1843/44. .... 513
- Ivana Tomas Živković, Dejan Bodul, Nataša Tomas,*  
 Questioni di trasposizione giuridica nella legislazione fallimentare:  
 conflitto tra tradizione giuridica e fattori economici ..... 555
- Sandra Winkler,*  
 Del mantenimento dei figli maggiorenni ..... 597
- Šime Jozipović,*  
 Il procedimento di controllo degli aiuti di stato e l’accesso croato  
 all’Unione europea: l’importanza del procedimento di accertamento  
 e restituzione degli aiuti di stato per il diritto tributario croato ..... 625
- Matija Miloš,*  
 Le comunità religiose croate nel prisma (anti)maggioritario  
 dello stato secolare ..... 651
- Igor Vuletić, Tomislav Nedić,*  
 La frode informatica nel diritto penale croato ..... 679
- Tihomir Katulić, Nenad Bogović,*  
 Lo sviluppo della tutela giuridica della neutralità della rete nell’ambito  
 delle comunicazioni elettroniche alla luce del principio di trasparenza ..... 693

*Ivan Tot,*

I procedimenti volti al pagamento dei crediti non contestati in forza della direttiva 2011/7/EU relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali ..... 719

*Ines Grubišić,*

Pretesa patrimoniale nei confronti dell'imputato persona responsabile quando mediante reato ha tratto vantaggio economico a favore della persona giuridica ..... 741

*Ilija Vukčević,*

Il principio costituzionale di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge nel sistema fiscale del Montenegro: la legittimità costituzionale della legge sulle tasse (imposte) sui servizi rivolti all'interesse generale ..... 761

*Ante Vuković,*

Gli aiuti di stato allo sport professionale e le indennità pecuniarie permanenti: esperienze croate e tendenze regionali ..... 795

*Sanja Gongeta,*

Modifiche del quadro regolatorio della società a responsabilità limitata tedesca quale conseguenza della concorrenza regolatoria nell'ambito del diritto societario tra gli stati membri dell'Unione europea ..... 819

*Aleksandra Popovski,*

Le servitù legali nel sistema giuridico della Repubblica di Croazia ..... 851

## **“FROM WAR TO TOLERANCE? BOTTOM-UP AND TOP-DOWN APPROACHES TO (RE)BUILDING INTERETHNIC TIES IN THE AREAS OF THE FORMER YUGOSLAVIA”**

Dr. sc. Boris Banovac, redoviti profesor  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci  
Vjeran Katunarić, redoviti profesor  
Odjel za sociologiju Sveučilišta u Zadru  
Dr. sc. Marko Mrakovčić, viši asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 323.1  
Ur.: 15. svibnja 2014.  
Pr.: 1. listopada 2014.  
Izvorni znanstveni rad

## **“OD RATA KA TOLERANCIJI? PRISTUPI ODOZGO I ODOZDO U PROCESIMA (RE)KONSTRUKCIJE MEĐUETNIČKIH VEZA U PODRUČJIMA BIVŠE JUGOSLAVIJE”**

### **Sažetak**

*U nedavnoj prošlosti Balkan je proživio razdoblja sukoba i nasilja, tipična za mnoge post-imperijalne nacije-države koje su se pokazale nesposobnima u uspostavljanju veza sa susjedima izvan imperijalnog modela centra i periferije. Takve su države imitirale povijesne obrasce imperijalnih osvajanja. U tom se smislu etnički sukobi, koji su eskalirali u ratove na područjima bivše Jugoslavije, predstavljaju primjere pogrešne transformacije postimperijalnih država u moderne nacije-države s demokratskim poretkom i mirnom koegzistencijom sa susjedima. Usprkos takvom razvoju situacije, pokazalo se da nije u svim višeetničkim sredinama došlo do eskalacije etničkog nasilja (npr. slučajevi „enklava mira“ u višeetničkim područjima Hrvatske, Bosne i Hercegovine i Kosova). U takvim primjerima, koji su ilustrirani podacima empirijskog istraživanja, pronalazi se potencijal za izgradnju tolerancije „odozdo“. S druge strane, u područjima u kojima je mir proizašao iz postkonfliktnih procesa lokalni potencijali za izgradnju etničke tolerancije su se pokazali puno slabijima. U radu su navedeni primjeri koji ukazuju na izrazite regionalne razlike u Hrvatskoj. Rad također pokazuje da se cjelokupan proces normalizacije međuetničkih odnosa u hrvatskom društvu odvija na proturječan način. Dijelovi nacionalnih elita često su skloni naglašavanju socijalne distance i antagonizma spram „drugih“. S druge strane, nakon ulaska Hrvatske u Eu-*

*ropsku uniju, nacionalistička retorika na političkoj razini značajno je smanjena. Postavlja se pitanje u kojoj je mjeri službena politika na nacionalnoj ili međunarodnoj razini, koja predstavlja pristup „odozgo“, presudna u oblikovanju međuetničkih odnosa. Zaključak rada je da uspostavljanje etničkog mira i tolerancije nije ostvarivo bez istodobnog odvijanja procesa na mikro razini odnosno "odozdo". U teorijskom smislu to odgovara suprotstavljanju "linearne politike" i "politike usklađivanja", odnosno političkog determinizma centra i kontingencijskih procesa koji se odvijaju njegovim periferijama.*

**Ključne riječi:** međuetnički odnosi, nacionalizam, etnički sukob, etnička tolerancija, Hrvatska, bivša Jugoslavija.

## 1. INTRODUCTION

Recently, we received two messages that have drawn our attention. One is data from Census in 2011 published by the end of 2012 by National Statistical Office in Croatia.<sup>1</sup> The data indicate, among other things, that Croatian population has significantly been recomposed demographically, including shares of Croats and Serbs, respectively, in the total population. Here we quote from a journalist report: "Nationally, Croatia with its ninety percent of Croats is still very homogenous country. In most European countries, with exemption of Poland where Poles make for unbelievable 98% of populations... Serbs are the largest minority in Croatia, but their number has significantly declined when compared with 2001 census data. Now, there is 7.4 % less Serbs than in 2001 and now they count for around 180,000. Does their reduction in number has to do with assimilation, their fear of declaring their nationality, their higher mortality rate, for Serbs now are relatively mature population, or it is all that in combination – one can only guess about this." (www.radio101.hr/podcast.php?id=162385). Some twenty years back Serbs made 12.6% of the total population of Croatia. Meanwhile, the number was drastically reduced mostly due to their exodus immediately before and following the Croatian military operation in August 1995. The population loss was clearly mirrored in the census of 2011, where the number of Serbs was about three times lower than in 1991 census in Croatia / former Yugoslavia, for example. Additionally, Serb returnees in Croatia are mostly elders. Still, although by the end of 2012 state relations between Croatia and Serbia were somewhat deteriorated,<sup>2</sup> the level of national tolerance of Croats

1 This paper is the result of the research project "Social integration and collective identity in multiethnic areas of Croatia" which has been carried out with the support of the Ministry of Science, Education and Sport of the Republic of Croatia.

2 This is due to November 16, 2012 decision of the court of the International Crime Tribunal for the former Yugoslavia to release convicted Croatian General Ante Gotovina, who was the overall operational commander of a military operation „Storm“. Immediately thereafter, representatives of the Serbian government stated that relations between Serbia and Croatia "have fallen on the lowest branch", and some already scheduled visits of Serbian high officials to Croatia have been cancelled (www.index.hr/vijesti/...srpske-vlade...nije.../647419.aspx).

toward Serbs, and vice versa, has probably remained pretty much the same as in the past decade, i.e. still higher than in the 1990s.

Another interesting message we have received recently from our colleague, who is sociologist in Sarajevo. He announced launching of a new research project on "(re)integration of society in Bosnia and Herzegovina", whereby he remarks that "today's (international) mechanism eagerly try to build the society from above, but they find, not unexpectedly, an empty balloon". Besides, he said, "the international community, using the ideology of 'liberal peace', attempts to integrate society in B&H, but this does not work". The latter message obviously implies that the B&H society must be built from below as well as from above. Yet, we wonder whether this is possible, since usually bottom-up tendencies in the B&H society are mostly disintegrative and conflicting: by and large people give their support to nationalistic political parties, while their support for trans-ethnic democratic parties is rather small (cf. Sokolović & Bieber, 2001). Present-day situation in Croatia is not significantly different from that in Bosnia and Herzegovina, although local Serbs in Croatia are far from doing what their compatriots had done in the beginning of 1990s, i.e. seceding from the rest of Croatia. Also, attitudes of a number of Croats residing the city of Vukovar are spereared against further return of exiled Serbs to the city. Such negative attitude of local Croats has been provoked by recent publishing of census data in 2012 according to which the number of Serbs in Vukovar presently exceeds one third of the local population (which is an increase of the share of Serbs in Vukovar when compared with 2001 census data). Right because of this, i.e. the increase of the number of Serbs above one third, the Croatian constitution provides for the right to the minority, i.e. Serbs in this case, to use the Cyrillic alphabet in the public institutions and places, and put the Cyrillic signs in public places in parallel with the Latin alphabet used by Croats and other inhabitants ([www.index.hr/vijesti/clanak/u-vukovaru...srba.../652998.aspx](http://www.index.hr/vijesti/clanak/u-vukovaru...srba.../652998.aspx)).

## **2. DETERMINISM VS. CONTINGENCY: A CONFORMANT APPROACH**

In this paper, we argue that expanding tolerance and peace as well as reconciliation processes in general represent a case for a political strategy akin to *conformant planning*, which looks for meeting points between top-down (linear) and bottom-up (contingent) approaches to solving major issues in economic or social development. The meaning of the conformant processes is explained by Bonet as follows: "Conformant planning is used to refer to planning for unobservable problems...The term 'conformant' is automatically associated with both the unobservable planning model and with linear plans, mainly because the only possible solutions for unobservable problems are linear plans. Thus, there are substantial differences about linear plans for the case of unobservable or fully-observable problems, and for the case of partially-observable problems: while linear

plans for the former model must conform with properties in state space, linear plans for partially-observable problems must conform with properties in belief space. This differences surface when the problems are allowed to express epistemic goals and conditions using modal logic, and place the plan-existence decision problem in different complexity classes. Linear plans is one extreme point in a discrete spectrum of solution forms for planning problems. The other extreme point is contingent plans in which there is a branch point for every possible observation at each time step, and thus the number of branch points is not bounded a priori. In the middle of the spectrum, there are plans with a bounded number of branch points. Thus, linear plans are plans with zero branch points and contingent plans are plans with unbounded number of branch points..." (Bonet, 2010: 245).

In a similar vein, governmental/national and (some) local approaches to ethnic relations as a part of social (re)integration and reconciliation processes in Croatia may be described as top-down or linear (deterministic) and bottom-up or nonlinear (contingent) approaches, respectively. Governmental policies are mostly linear, while local reactions to the policy are mostly contingent. The following example illustrates the main difference between the two approaches. In our former studies, namely, on "peace enclaves" in the former Yugoslavia and in Croatia in particular (see: Katunarić and Banovac, 2003) we found that during recent wars of the former Yugoslavia two types of local mixed communities, resided by Croats and Serbs – peace areas and conflict areas – had different relations to the national government. Peace areas were mainly indifferent to policies of their respective national governments which were mainly antagonistic, nationalistic oriented. On the other hand, while the governments protruded nationalistic rhetoric with or without justifying it with the current circumstances in which Yugoslav People Army along with Serb paramilitary troops attacked a number of places in Croatia and in Bosnia and Herzegovina, conflict areas, unlike peace areas, were consensual or even more extreme in their nationalistic rhetoric and policies. In any case, a lot of nationalistic propaganda was made – both by Serbs and their leaderships in Knin (Croatia) and in Belgrade (Serbia) and by Croats and their local and national leaderships of the time – to instigate separation and conflict between local ethnic groups. Nowadays, the relations are almost reversed. The governments on the both sides, i.e. Croatian and Serbian cherish some rhetoric of peace and tolerance, while in a number of formerly conflict and nowadays post-conflict areas, in "unobservable" or "semi-observable" ways (to use the terms of the analysis of conformant planning), actually obstruct the reconciliation process (cf. Katunarić, 2010).<sup>3</sup>

In the next section we will expound some historical antecedents to conflict and peace processes in Balkans and Croatia in particular. The historical processes will be explained in terms of a center-periphery model applied both to the international

---

3 As a Danish researcher in Vukovar said in a private talk with us, immediately before the war Serbs did not want to communicate or cooperate with Croats, for they felt stronger and more secure. Today, however, local Croats are those who do not want, for analogous reasons, get closer to local Serbs.



and the intra-national relations, and will be illustrated by some findings in our earlier studies on conflict and peace areas in the former Yugoslavia and in Croatia in particular. In conclusion, we will reinterpret the transition from war to peace and ensuing reemergence of national tolerance and civic consensus as a case illustrating the logics of linear and contingent, on the one hand, and conformant approaches to ethnic relations, on the other hand.

### **3. THE IMPERIAL LEGACY – NEW CENTERS AND NEW PERIPHERIES**

The imperial legacy in Balkans, including Croatia, addresses incapability of post-imperial nation-states to establish cooperative connections without or outside imperial connections. A part of this inability may be ascribed to the fact that peripheral areas within (primarily the Ottoman) empire were already separated and hermetic (Kiossev, 2003).<sup>4</sup> Also, 'like their Western European counterparts, the Balkan states have, by the most part, become mono-ethnic parliamentary democracies' (Wachtel, 2008: 124). Moreover, greatest parts of states of the former Yugoslavia (Croatia, Bosnia and Herzegovina, Serbia and Kosovo) have become 'mono-ethnic democracies' mostly due to ethnic cleansings beforehand, i.e. in the wars of the former Yugoslavia. Thus, mono-ethnicity and disconnections of neighboring ties are rather typical of the peripheral nationalism, as the European 'zone 3' and "zone 4" in Ernest Gellner's terms (Gellner, 1998: 54-58).

The center-periphery model generated thus far disabled peripheral areas to establish peer-to-peer connections with other similar areas within (former) empires and also civic ties across ethnic or religious boundaries. In fact, having served to imperial cores, peripheries have obtained a mentality of dependence and subjugation.<sup>5</sup> A rather similar center-periphery model has been adopted by the new nation-states in Balkans, including former Yugoslavia and post-Yugoslav nation-states. In the former Yugoslavia, northwestern republics, i.e. Slovenia and Croatia, were economically developed, whilst southeastern republics – a part of Serbia with Kosovo, Macedonia, Bosnia and Herzegovina, and Montenegro – were relatively underdeveloped.<sup>6</sup> On the other hand, Serbia – for a short time, actually from 1988 to 1989 – played a role of the all-Yugoslavian mediator with Slobodan Milosevic who was unofficially proclaimed as a "new Tito". Very soon, but, Serbia, backed by the

4 'It is well known that the Ottoman Empire, although a strong imperial state, allowed some cultural, religious, and administrative autonomy to its vassal communities. As a consequence, these local communities (especially in their predominant, rural variant) became hermetic, autarchic, self-reproducing, and isolated from one another. Non-intensive trade and bad infrastructure also contributed to that isolation.' (Kiossev, 2003: 7)

5 A traditional saying in Croatia reads: „Croats are good servants of bad masters“.

6 The North-South cleavage actually preceded the nationalistic cleavages in the former Yugoslavia, and probably represented the prime cause rather than a episodic circumstance in the dissolution of the Yugoslavian federation.

Yugoslav People's Army, took the role of the "superpower", i.e. mini-empire, under pretext of providing protection for Serbs in Croatia and in Bosnia and Herzegovina. More specifically, the Serbian leadership was not interested in keeping Slovenia within the Yugoslavian federation as much preventing exit of Croatia from the rest of the unites of the Federation. The main stronghold in this strategy was Serb population in Croatia, who until then enjoyed the status of the "constitutive nation" in the former Socialist Republic of Croatia. This practically means that no secession of Croatia from the rest of Yugoslavia would constitutionally be approved without a plebiscitary support of the Serb population in Croatia. Of course, such support was impossible to afford by the new Croatian government elected in 1991 and it decided to change the constitutional provisions, thus relegating Serbs the status of minority next to other minorities.<sup>7</sup>

After the wars of the former Yugoslavia the post-Yugoslavian states have consolidated their independence in the manners typical of post-imperial states. They reduced to a minimum or cut-off their cooperation links with neighboring (post-Yugoslavian) states, formerly republics of Yugoslavia, and "transplanted" the center-periphery model into their own areas. Mainly, capitals of Slovenia (Ljubljana), Croatia (Zagreb), Montenegro (Podgorica, formerly Titograd), Macedonia (Skopje) – all of them have become the core areas with central political and administrative power and prerogatives which attracted significantly more capital investments and other economic resources than national provinces. For example, formerly developed industrial basin in the area of Maribor in Slovenia has been relinquished. Nowadays, it becomes the epicenter of a massive social protests in Slovenia. It is similar with formerly industrial areas in Croatia outside Zagreb, in Serbia outside Belgrade, etc. Newly established states are mono-centric (cf. Rokkan & Urwin, 1983). From the very beginning, the post-Yugoslavian political elites were anxious to establish control over their peripheries, proclaiming any dissent from the peripheries as subversion of national interests and undermining of political order.<sup>8</sup> The pressure toward peripheries additionally hampered communications with neighboring ex-Yugoslav countries, thus provoking suspicion, mistrust and tensions.<sup>9</sup> This was a clear example of linear policy of the centers on their own right.

---

7 This fact did not provoke disloyalty among all Serbs in Croatia. Actually, most Croatian Serbs have continued to live in urban areas, unlike most rural Serbs who opted for rebellion and territorial separation against the new Croatian regime.

8 The best example is the negative attitude of the President Tuđman and its administration against regionalism in Istria.

9 A number of issues caused by the breakdown of the former Yugoslavia represent permanent obstacles in communication between the new established political centers in the area of the former Yugoslavia. Some issues concern territorial borders between the new states, other are issues of minorities, then unresolved financial issues (e.g. the case with Ljubljanska banka which saving accounts for non-Slovenian citizens have been closed due to the dissolution of the federal state), ownership rights of former citizens of Yugoslavia, who meanwhile became foreign citizens), and, last but not least, a number of cultural issues (e.g. Cyrillic letter in Croatia, bilingualism, ethnic segregation in schools, etc.).

It is different with the new peripheries. Basically, there are two types of peripheries, which correspond to Rokkan and Urwin's typology. These are external (*landward*) and *interface* peripheries (cf. Rokkan, 1980). The landward periphery represents a specific cultural enclave. It is spatially isolated and often out of the scope and influences of the political center. This situation yields social closure, cultural traditionalism and political conservatism. On the other hand, *interface* peripheries emerge in border areas, where state borders do not coincide with ethnic boundaries. Traditionally, local populations are exposed to the influence of different centers of political power. Very often, these areas are economically developed. Also, they are able to politically mobilize local people on the basis of their specific political goals.

In Croatia peripheries have had a variety of potentials for mobilization, while Zagreb, both in conflict and immediate post-conflict period, conducted mono-centric policy. In particular, situation in the neighboring Bosnia and Herzegovina was favorable to the centralism of Zagreb. This was due to well-known political aspirations of Tujman's government toward Bosnia and Herzegovina. Beside this, among many Croats, especially in Herzegovina, Zagreb was taken as the capital of all Croats. In such policy design, ethnic mobilization and national homogenization were irrevocable. Alongside, impulses of re-traditionalizing and de-secularizing the society were injected into the model of national integration forwarded by the central power. Nevertheless, the imposition of this political style was opposed by some peripheral areas.<sup>10</sup> Especially, the central power favorably, in paternalistic manner, allocates resources to politically loyal peripheral regions (Slavonija, Lika), unlike other peripheries-regions (Istria, Gorski kotar) which received less amount of resources respectively.<sup>11</sup> A significant part of domestic as well as immigrant population opts for the "logic of rentier" (cf. Rogić, 2000). Accordingly, the differences in structuring relationships between the center and the peripheries determined different levels inter-ethnic conflicts and/or tolerance in the peripheral areas. Presumably, the differential structure and dynamics of the center-periphery relations and of conflict and peace processes, respectively, influences the pace of rebuilding of inter-ethnic and inter-state connections in the area of the former Yugoslavia.

Of course, this hypothesis opens many questions that cannot entirely be answered in this paper. For instance, how far had relations between the center and

10 Opposition in Istria was strongest and is mostly due to its regionalist movement.

11 To be sure, Lika and Slavonia have experienced largest destruction and casualties in the years of war in Croatia. Nevertheless, favorable changes in the local economy in Lika until 2007 were mostly caused by building of the highway between Zagreb and Split (and Zadar). Thanks to these changes total number of employed people had increased (14.038), and the rate of unemployment has decreased to an average of 3.492 in 2007, which is still relatively high rate of 19,9% (*Analitički bilten*, 2007: 5). Also, the county's GNP per capita has increased (in 2001 the GNP p.c. was 1,606 Euros, far behind the Croatian average; yet, four years later it has been four times bigger with 6, 356 Euros, which is near to the national average level. Lastly, significant modernization advances are registered in education and culture. (*Statistički izvještaj* 2007. Zagreb: Državni zavod za statistiku).

the peripheries been influenced by historical processes (in the peripheral areas) predating conflicts in 1990s? Especially, how far events from the Second World War (i.e. the genocidal policy of the Independent State of Croatia against Serbs in Croatia) as well as circumstances created by Ottoman and Habsburg empires (e.g. the "borderland mentality" /*krajiški mentalitet*/ both among Serbs and among Croats in the sense of guarding over frontiers against the Turkish-Muslim world, respectively), influenced conflicts in 1990s? Also, how far political differences and conflict processes in the peripheries have been influenced by different levels of modernization processes and development in these areas (e.g. Istria is more modernized and developed than Lika)?

#### **4. THE DYNAMICS OF TOLERANCE: REGIONAL DIFFERENCES**

The dynamics of national tolerance in the former Yugoslavia, and Croatia in particular, must not necessarily be conditioned by the economic upward or downward cycles, unless local or national political elites want this, i.e. to convert economic or social issues into the rhetoric of nationalism. Our aim is to demonstrate how the rhetoric of nationalism had some controversial impacts in multiethnic areas in Yugoslavia in 1990s, and why today's policy of reconciliation and tolerance (led by the new Croatian government elected in 2011) has also controversial effects in some multiethnic areas. In both cases, formerly and nowadays, a discrepancy exists between the linearity of top-down and contingency of bottom-up approaches to inter-ethnic relations, and there is a need for making a conformant policy aimed at expanding ethnic tolerance and cooperation on local levels. Basically, differences between center and its peripheries as well as between different peripheries have determined dynamics of (post)conflict processes and peace in multiethnic areas. These differences have been confirmed by empirical research that coauthors of this paper carried out in different places in Croatia and in Bosnia and Herzegovina in the past ten or more years (Katunarić, Banovac, 2003).

Differences between particular Croatian peripheries have been analyzed with more scrutiny within the research project "Modernization and collective identifications in the Croatian peripheries"<sup>12</sup>. A comparative analysis of three peripheral areas in Croatia - Istra, Lika and Gorski kotar – indicates that a set of characteristics exists that fit the topic of this paper. It is important to know that the three regions were subject of uniform centralized policies of the former (Socialist) Yugoslavia, including the economic policy. Nevertheless, results of these policies along with the processes of modernization in the regions were significantly different. Istria, for example, has accrued characteristics of the *interface* periphery. This has

---

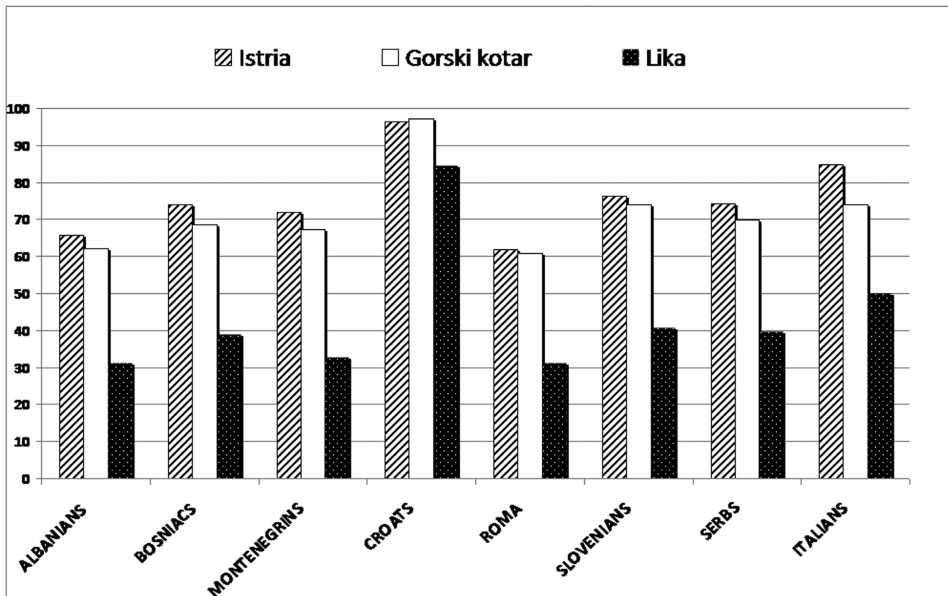
12 The research project is carried out within the Faculty of Law in the University of Rijeka and was funded by the Ministry of Science, Education and Sports of the Republic of Croatia from 2002 to 2005.

resulted with reservations of the regional political elite towards political center(s) in Croatia, and also with high levels of internal cohesion and solidarity, that is reflected mostly in political mobilization in the terms of the Istrian regionalism. These characteristics are accompanied by relatively high level of the economic modernization, which has elicited a tendency toward regional autonomy (vis-à-vis the center, i.e. Zagreb). Also, multiculturalism and social openness of the Istrian space has become a specific instrumental value in the political strategy of the Istrian identity. Istria is both a brand for autonomy and a brand for the Croatian tourism. This is why the adjective "peripheral" for Istria is political rather than economic and cultural attribute (cf. Banovac, 1988). Accordingly, collective identities in Istria, including (Croatian) national identity, are more instrumental and utilitarian than primordial and emotionally driven.

The social space of Lika, on the other hand, is structured differently. For many centuries Lika was a borderland between different empires. This is one of the main cause of the persistence of traditional social and cultural patterns in the region. Besides, the processes of modernization of Lika during the Socialist Yugoslavia were relatively weak so that conflict between tradition and modernity was much stronger in Lika than other regions. In particular, the level of economic modernization was low. Such contexts are favorable for establishing close connections with the political center. Thus, Lika represents an example of the *landward* periphery (in Rokkan's terms), where economic underdevelopment and cultural conservatism prevail. Another important condition is that Lika was deeply involved into war in Croatia in 1990s. Additionally, nearness of the frontline and events of ethnic cleansing were sufficient as conditions for strengthening economical and political dependence of Lika on Zagreb and the politics of centralism. As a consequence of all such processes more exclusive collective identities with more primordial attachments characterize the population of Lika.

Finally, cultural characteristics of Gorski kotar are similar to those in Istria. This primarily concerns the cultural openness and interethnic tolerance. On the other hand, Gorski kotar, Lika alike, is a depopulated and economically underdeveloped area. Yet, with regard to the other two regions, Gorski kotar is specific in its political pluralism, since no political party, for longer time, has succeeded to assume a hegemonic position. Also, according to our surveys, most respondents from Gorski kotar stress out that the central government (in Zagreb) has abandoned the area and that it is the main cause of its economic backwardness.

Figure 1 illustrates differences between the three regions in terms of ethnic tolerance measured by social distance (among local respondents) toward other nationalities. Also, there are some obvious similarities between Istria and Gorski kotar as regards relatively small social/ethnic distance, unlike Lika which exhibits rather big social distance, i.e. amount of intolerance. Obviously, the level of economic modernization is not a predictor of tolerance, for Istria is developed and Gorski kotar an underdeveloped region.

**Figure 1:** Average acceptance of the others (in %)

Respondents in Istria are mostly willing to establish closer contacts with members of other nationalities. However, the openness of Istrians is biggest toward Italians, and smallest toward Roma. In Gorski kotar analogous differences exist when distance toward Italians and Serbs are concerned. Social distance is biggest in Lika so that the average acceptability of the others (e.g. Montenegrins) twice time lower than in other two regions. More specifically, no ethnic group is welcomed by most respondents (in Lika), except Italians and, of course, Croats (Banovac and Boneta, 2006: 38).

Significant differences between the conflict and peace areas have also been confirmed by results of survey obtained in late 2008 within the empirical research project "Social integration and collective identities in multiethnic areas of Croatia".<sup>13</sup> The foundations of interethnic tolerance were examined on the differences between the peace and conflict areas with regard to respondents' ethnic distance and their attitudes about the possibility of coexistence with members of other ethnic groups.

<sup>13</sup> The survey was conducted in six multiethnic communities in Croatia: Rovinj, Vrbovsko, Daruvar, Gospić, Plaški, Pakrac (N=807). The first three were defined as peace areas, and the later as conflict areas.

**Table 1: Willingness to enter a marriage with a ethnic minority**

<b>Marriage – Italians</b>					
<i>Peace Areas</i>	$\beta$	$p$	<i>Conflict Areas</i>	$\beta$	$p$
Ethnonational Identification	-0.202	0.00	Political Orientation	-0.142	0.01
$R^2$	0.069		Ethnonational identification	-0.179	0.02
$F = 3.552 \quad p < 0.00$			$R^2$	0,092	
			$F = 4,828 \quad p < 0,00$		
<b>Marriage – Serbs</b>					
<i>Peace Areas</i>	$\beta$	$p$	<i>Conflict Areas</i>	$\beta$	$p$
Socio-Territorial Identification	0.121	0.02	Political Orientation	-0.254	0.00
Ethnonational Identification	-0.162	0.00	Ethnonational Identification	-0.234	0.00
$R^2$	0.091		Euro-political Identification	-0.114	0.02
$F = 4.828 \quad p < 0.00$			$R^2$	0,197	
			$F = 11.700 \quad p < 0.00$		
<b>Marriage – Roma</b>					
<i>Peace Areas</i>	$\beta$	$p$	<i>Conflict Areas</i>	$\beta$	$p$
Socio-Territorial Identification	0.111	0.04	Level of Education	-0.128	0.01
$R^2$	0.045		Political Orientation	-0.162	0.00
$F = 2.284 \quad p < 0.02$			Ethnonational Identification	-0.271	0.00
			$R^2$	0.160	
			$F = 9.045 \quad p < 0.00$		

From Table 1 it is evident that there are significant differences between the peace and conflict areas regarding the willingness to enter into a marriage with national minorities. For example, in the conflict areas the willingness to enter into a marriage with the Italians, Serbs and Roma is linked with the political orientation of respondents. Respondents of the right political orientation are more reluctant to enter into a marriage with the specified minorities. At the same time, in the peace areas this issue is not significantly correlated with political orientation. On the other hand, results show that in the peace areas socio-territorial dimension of identification is positively correlated with the respondents' willingness to enter into the marriage with Serbs and Roma. Respondents, who emphasised socio-territorial dimension of identification as important in life, indicated a greater willingness to enter into a marriage with the stated minorities. Overall, the differences suggest that the willingness of respondents to enter into the marriage with national minorities in the peace and conflict areas are, at least to some extent, structured by disparate impacts of diversified socio-political discourses.

For example, while in the conflict areas the question of entering into a marriage with national minorities is important "political" issue, in the peace areas that is not

the case. On the other hand, respondents in the peace areas, who emphasised the socio-territorial dimension of identification as more important in their life, are more prone to enter into a marriage with members of national minorities. That is not the case in the conflict areas. These differences suggest that interethnic relations in the conflict areas have largely been structured by nationalist discourse, which in time of war has been spread both by Serbian and Croatian national political centres. At the same time, it can be concluded that in the peace areas "alternative" social discourse has been generated. It was related to respondents' socio-territorial identification, which has resisted nationalist exclusivity and managed to maintain interethnic relations. Consequently, it seems reasonable to suppose that the efforts of local elites in the creation and maintenance of a socio-political discourse, which defies the exclusivity of nationalism, are an important factor in the preservation of interethnic tolerance and preventing ethnic conflict. The reliability of the previous conclusion is also confirmed by the differences presented in the peace and conflict areas regarding the attitude toward possible coexistence of ethnic groups.

**Table 2:** *The attitude about possible coexistence of ethnic groups after the Croatian War of Independence*

Areas of	No		Yes, but not to the extent as before the War		Yes, completely		There was no coexistence		
	f	%	f	%	f	%	f	%	
<b>Peace</b>	13	3.1	194	46.3	210	50.1	2	0.5	$\chi^2=115.133$ ; $p<0.00$ ; Cramer's $V=0.379$
<b>Conflict</b>	45	11.7	271	70.8	60	15.7	7	1.8	

The data from the Table 2 demonstrate that the differences between the areas, regarding the question of possible coexistence of ethnic groups, are statistically significant. For example, in the peace areas even 50.1% believe that coexistence can be entirely achieved, while in the conflict areas it considers only 15.7% of respondents. Just as well, in the conflict areas 11.7% believe that the coexistence is not possible, while only 3.1% of respondents in the peace areas do not agree with this thesis. According to the presented results, the openness of ethnic boundaries in the peace areas is significantly higher than in the conflict areas. This suggests that the prevailing socio-political discourse which forms the foundation of social solidarity in peace areas is significantly less burdened with the nationalist intolerance than one prevailing in the conflict areas.

Two other variables also influence the levels of (in)tolerance and the relations between center and peripheries, respectively. First variable concerns political orientations (of respondents). In this case, people with right-wing political orientation show less tolerance than people with leftist political orientation. Another variable is religiosity. Religious people are less tolerant in this respect.

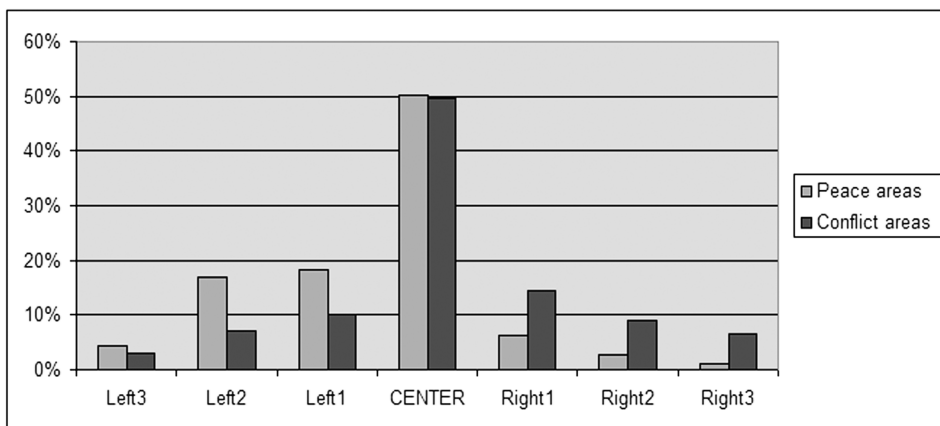


**Table 3:** Social factors affecting the political identification of respondents

Political Identification					
Peace Areas	$\beta$	$p$	Conflict Areas	$\beta$	$p$
Religiosity	-0.272	0,00	Religiosity	-0.209	0.00
Gender Conservatism	0.128	0,01	National Exclusivism	0.178	0.00
National Exclusivism	0.159	0,00	$R^2$	0.104	
$R^2$	0.184		$F=4.235 \quad p<0.00$		
$F=8.428 \quad p<0.00$					

The results presented in Table 3 show that political identification in both areas is significantly correlated with the degree of religiosity, as well as with the degree of national exclusiveness. Due to the fact that the smaller value on the scale of religiosity also represents a higher level of religiosity, it is obvious that more religious respondents are generally more identified with the right political orientation. It is necessary to point out that research findings also show the religiosity as an essential component of respondents' ethno-national identity. Therefore, it seems reasonable to assume that ethno-national dimension of identity has different importance to respondents of different political orientations. Another significant predictor in this regression model confirms the previous assumption. The respondents, who accept the views of national exclusivism, are also more inclined to identify with the right political orientation, and vice versa. That is to say, the respondents who do not support the views of national exclusivism are more prone to identifying themselves with the political left. Consequently, political orientation is an important determinant of the respondents' positioning towards ethnic "other".

**Figure 2:** Political orientation (in %)



The results shown in Figure 2 confirm previous conclusions. In other words, there are significant differences in the acceptance of political orientation in the peace and conflict areas. It can be clearly seen that the respondents in the peace

and conflict areas are grouped on the opposite sides of the scale. For example, in contrast to the conflict areas (20.2%), in the peace areas almost twice as many respondents (39.7%) are identified with the left political orientation. Meanwhile, in the conflict areas (30.2%) almost three times more respondents are identified with the right political orientation than in the peace areas (10.1%). Therefore, the respondents in the peace area, on average, are slightly more inclined to identify with the left political orientation, and those from the conflict areas with the right one (in the peace areas the overall average score was 3:49, while in the conflict area the score was 4:19). The result undoubtedly leads to the conclusion that rhetoric and discourse of Croatian left-wing political parties were proved more suitable for the construction of opened interethnic ties and tolerance than the rhetoric and discourse of right-wing political parties.

Nevertheless, it should be emphasised that the whole dynamics of center-periphery relations also depends on changes that happen in the political center itself. In the time of strongest conflicts in the beginning of 1990s, and also in the post-conflict period, certain traits of political patronage of the ruling party (Croatian Democratic Union) over regional leadership (also members of the Union) appear in Lika. Entirely different attitude of the national leadership was exerted toward regional movement in Istria, which fought against nationalist exclusionism (of Zagreb) and fostered multiple rather than categorical or exclusive (macro)collective identities.<sup>14</sup> Such pressure from below elicited with specific portions of votes in the regional (county) elections (see Tables 5 and 6). Lika, for example, gives most permanent support to the Croatian Democratic Union (HDZ), while in Istria most support is constantly given to Istrian Democratic Assembly (IDS).

*Table 5: Votes for the assembly of the Istra county (in %)*

Year	1993	1997	2001	2005	2009
IDS (HNS)*	74.17	46.35	51.79	41.93	43.72
HDZ (-HKDU-HSP-HPS-HČSP)**	15.52	16.70	9.15	11.59	10.62
HSLs (-HNS-LS-DZS-HSS)***	6.22	7.86	4.63	7.56	-
SDP (-SSH-SDH)****	1.70	8.34	14.19	10.54	8.00
IDF	-	12.88	-	8.47	2.88
HSU (HSLs)*	-	-	-	9.24	7.81
Others	2.39	7.87	20.23	10.57	26.97
Total	100.00	100.00	100.0	100.00	100.00

\* Coalitionin 2009. \*\*Coalitionin 2001. \*\*\*Coalitionin 2005. \*\*\*\*Coalitionin 1993.

Source: Arhiva tajništva IDS-a; www.izbori.hr

14 An activist of HDZ-a (priest Anto Baković) spoke on a pre-election meeting in Istria the following words: "People without its own state is like shit in raining weather". Subsequently, the future President Tudman, at that time the candidate of HDZ for the post of the Croatian President, uttered that those people who dislike the new government should leave the country (Benić, 1990).

**Table 6:** Votes for the assembly of Lika county (in %)

	1993	1997	2001	2005	2009
<b>HDZ (HSS-HSS-HSP-HSLS)*</b>	71.6	57.52	39.46	49.48	66.27
<b>HSLS</b>	15.2	10.21	7.80	4.66	-
<b>HSS (-SDP-HNS)**</b>	9.2	17.51	14.00	19.57	-
<b>HNS-SDP(-HKDU)***</b>	-	7.14	13.20	-	17.97
<b>HSP</b>	-	3.95	7.30	6.64	-
<b>SNS</b>	-	-	10.15	5.56	-
<b>SDSS</b>	-	-	-	7.08	10.61
<b>Others</b>	4.0	10.81	8.09	7.01	5.14
<b>Total</b>	100.00	100.00	100.00	100.00	100.00

\*Coalitions in 2009; \*\* Coalitions in 2005; \*\*\*Coalitions in 1997. Sources: Banovac, Blažević, Boneta (2004:129); www.izbori.hr

Our central point is that center-periphery model is differential, i.e. two-sided. In the Croatian case, center conducts different policies toward different peripheries. Such way, against a consistent conformant policy of the center toward all peripheries, center is "conformant" almost exclusively to peripheries that express their loyalty to the center – as far as the politics of HDZ as a ruling party on national level was concerned. On the other hand, peripheries with more tolerance toward the others, i.e. Istria and Gorski kotar, were treated in non-conformant way. Thus, a linear approach is supplanted by the center to a periphery (Lika), while non-conformant approach is demonstrated in other two cases (Istria and Gorski kotar). In other words, approach in favor of national/ethnic tolerance on local level has remained contingent, more or less self-managed by local elites and local people, rather than deterministic, i.e. actively supported by the government.

As regards approach(es) by the newly elected government in Croatia (from 2011 a center-left coalition assumed the power), it demonstrates certain decisiveness in implementing the legislation so far, which guarantees equal treatment as well as provision of specific rights to minorities, Serbs in the first place (the issue of the usage of Cyrillic alphabet in the area of Vukovar, where Serbs are quantitatively the major nationality). Yet, the main task of the new government seems to be re-stabilization of the political relations between Croatia and Serbia (somewhat spoiled after nationalistic radicals have assumed power in Serbia), rather than soften the harsh political climate in Lika, for instance.

## **5. PARADOXES OF THE TOP-DOWN POLICIES OF NATIONALISM: "PEACE ENCLAVES"**

In spite of the fierce nationalistic propaganda and ensuing ethnic conflicts escalation into war in the beginning of 1990s in Croatia, from 1993 to 1995 in Bosnia and Herzegovina, and in 1999 in Serbia and Kosovo – some areas resided by Croats and Serbs, Bosniaks, Serbs and Croats, and Serbs and Albanians, respectively, were spared of internal conflicts of the major ethnic groups in those areas. These areas are named "peace enclaves"/"peace cradles" in our studies carried out under auspices of the Council of Europe from 2001 to 2003. Research has underlined the importance of bottom-up approaches in favor of prolonging traditional tolerance between different communities. Herein, we will present some highlights from the four studies in common, which have not been published. Aim of this presentation is to describe in more details different messages sent from below by peace enclaves in comparison with simultaneous messages sent from conflict areas.

Several cities in Croatia, Bosnia and Herzegovina and in Serbia/Kosovo were selected as peace enclaves (PE) and conflict areas (CA), respectively. These are: Pula (PE) and Osijek (CA) in Croatia, Tuzla (PE) and Sarajevo (CA) in Bosnia and Herzegovina.<sup>15</sup> And indeed, in the PE there hardly were any clashes between local ethnic communities, while at the same time clashes and warfare predominated in the CA. In any case, PE did not fall apart eventually. More details about differences between the two types of areas are given in the next pages.

### ***Pula (PE) and Osijek (CA)***

This section has brought a narrative report which summarises the answers given by sixteen respondents in the interviews, eight of them in each city. The answers followed the questions about different topics of the interview. The interviews were carried out from June to October 2001. Some of the respondents have had important roles in the crises in 1991, such as being the members of the Crisis Management Headquarters (e.g., in Pula), and some occupied important positions in the community, without being immediately engaged in the crisis management or defence activities (e.g. an economist and a Catholic priest in Osijek). All respondents were selected as, conditionally speaking, "representatives" of different sectors in the community. We primarily analyze their accounts, as we presume that the ways they, or some of them, define the roots of peace and conflict outcomes, as well as the ways they describe or explain the consequences of these outcomes, might have contributed to the creation of the situation.

In ***Pula (PE)*** several reasons are listed by respondents which are considered to elicit peace in their community. Virtually all of them see the tradition of

---

<sup>15</sup> Research has included Kosovska Kamenica (PE) and Kosovska Mitrovica (CA) in Kosovo and (at that time) Serbia, respectively, but for some technical reasons we cannot present here results of this part of research.

multiculturalism and tolerance in Pula, and in Istria in general, being the main cause of the peace. They consider this tradition as a long-lasting. One respondent explained this as a consequence of the pacification imposed by foreign domination in the past, namely that "policies of the foreign powers... made the local forms of aggressive nationalism being watered". Respondents are unison in their view that political situation and social-cultural context (practically devoid of expressing ethnic prejudices or readiness to fight the enemy, i.e., the Army in Pula) were opposite to what the political centre in Zagreb expected. This in turn caused political disagreements between the two parties as well as pressures from the centre on leaderships of Pula and Istria for not being "enough resolute and aggressive", and "because there was no conflict /with the Yugoslav Army/ at all". For example, one respondent, with an important political position in Pula at that time, said that when he and his collaborators visited a ministry in Zagreb in order to gather information and suggestions for what to do next, "we were asked why not a single bullet was shot /in Pula/"

In *Osijek (CA)* respondents were mostly polarised in their explanations of the roots of the war. Some of them, similarly to respondents in Pula, see the roots of the war in the actions of all political centres in Yugoslavia, albeit most guilty is ascribed to the Serb side. Other respondents see the war as the consequence of the privileged position of Serbs as well as their attempt at making a unitary Yugoslavia. All respondents say that the situation in Osijek was agreeable to the expectations of the political centre. Some, however, are disappointed with the amounts of relief Zagreb sent to Osijek at the time when Osijek mostly suffered from the war. Most of the interviewed have the impression that a policy was carried in Osijek by extremist individuals, groups and parties, who did everything that the official policy in Zagreb could not do due to the pressure and control imposed by the international community. "Zagreb had a diplomatic tactic", one respondent said. "As a matter of fact, there were some individuals and groups who radicalised the situation, while the other were moderate, prone to make compromises, but as a whole we were basically unified. Otherwise, who knows what might have happened with all of us".

### *Tuzla (PE) and Sarajevo (CA)*

In Tuzla local leaders perceived their relations to the political center in a way similar to the interviewed in Pula. Situation in Sarajevo, on the other hand, was more delicate with regard the fact that official Sarajevo was politically cross-pressured by official Zagreb and official Belgrade.

#### *Tuzla*

All interviewed see the tradition of multi-ethnic composition and tolerance as the main reason for the absence of ethnic conflict and violence in the period of 1992-5. They take a few examples from the history of Tuzla, primarily what different

political and religious leaders did in order to preserve peace and harmony in the midst of war and ethnic violence in its surroundings. In other words, the period of 1992-5 was not the first serious temptation in terms of peace and tolerance. Some of the interviewed mentioned that as much as 30 different nationalities used to live side by side in this area. Also, the composition of the most numerous social classes, i.e., working class, in this area was multi-ethnic as well (apart from Muslims, Croats and Serbs, there were Hungarians, Czechs, Jews, Germans, Italians, etc.). Likewise, all respondents point out that national centres both in Bosnia and Herzegovina and in the rest of the former Yugoslavia mostly disliked developments in Tuzla: "They did not like that what happened in Tuzla. *They wanted to destroy us from inside by all means*" (former imam). "In an issue of the newspaper *Ljiljan* from 1995, the authorities in Tuzla were labelled as Serbo-philic and the KOS-agents (Yugoslav secret police). It was a call for a lynching" (former secretary of MUP). "Sarajevo treated us as the 'nest of cowards' and 'red Tuzla'... Eventually, in B&H and in Tuzla a big robbery happened, of humanitarian relief, which was diverted to privileges. A thug got rich at the expense of somebody's suffering, and, of course, the former were protected by patrons. Here the West brought in corruption. In politics, nepotism reigns, in industry and health – neo-socialism. The principle of political loyalty overwhelmed national parties. The result is manifested in recent elections. Citizens are lethargic and they abstain more and more from voting" (director of the art gallery). The following words of the President of the Forum of Citizens of Tuzla succinctly express the meaning of the current situation in Tuzla, i.e., why the city cannot open a new window of opportunity: "*Tuzla is a punished city*".

### *Sarajevo*

The interviewed assert that ethnic conflict in Bosnia and Herzegovina was imported from outside, notably Belgrade and Zagreb. First Milosevic took the lead in dissolving Bosnia and then Tudjman accepted it as a deal in dividing the country into a Croatian and Serbian part. An interesting account is given by a former member of the Presidency of Bosnia and Herzegovina (a professor at the University of Sarajevo, where he taught and continues to teach), who describes the dissolution of B&H as a two-phased process, which corresponded to Milosevic's plans for managing the rest of Yugoslavia after the independence of Slovenia and Croatia. The first plan envisaged Bosnia and Herzegovina as part of a mangled Yugoslavia, i.e., without Slovenia and a part of Croatia, but with the parts of Croatia traditionally inhabited by Serbs. According to this account, Milosevic first offered Alija Izetbegovic the presidency of the new Yugoslavia, but Izetbegovic rejected this proposal. Milosevic then activated his alternative plan, which was performed more efficiently; namely, he offered Tudjman the deal of partitioning Bosnia and Herzegovina into Serbian and Croatian parts.<sup>16</sup> Another account, basically similar to

16 Of course, we could not check the validity of this allegation. We only remind that it was told by a person who was an eye-witness of the talk between Milosevic and Izetbegovic.

the former, is given by university professor, Bosniac by nationality. He contends that the conflict between Zagreb and Belgrade was central and motivated by their interest in seizing the territory of Bosnia and Herzegovina. The territory is not being assumed as an economic resource, he said, but rather as a prerequisite for extending the spatial definition of their, i.e. Croatian and Serbian, nation-states.

In general, all respondents assert that ethnic conflict and violence was induced from outside or above, for there was no intolerance among (common) people. Although this may sound naive, this "private" theory fits well into the academic theory of instrumental ethnicity, which sees conflicts as a product of the top-down political influence.

In the research project "Social integration and collective identities in multiethnic areas of Croatia" particular attention has been paid to relationship between social and institutional aspects of conflict and post-conflict processes. As often emphasized (Schneckener, 2004; Wolf, 2004; Wolf, 2006; Tiryakian, 2004; Guelke, 2004; Olzak, 2006; Horowitz, 2001), the institutional aspects do not affect just the process of ethnic identification<sup>17</sup>, but also the processes of conflict prevention, ethnic mobilization, and post-conflict integration. A. Varshney in the study of ethnic violence in Indian cities shows that civic associations of members coming from different ethnic groups are more resistant to disintegration processes than Indian cities in which such associations do not exist. Even if a conflict occurs it does not necessarily have to be violent. As Varsney points out, "it can take an institutionalized form if ethnic demands for higher political representation, affirmative action, or personal laws are pursued in assemblies, elections, bureaucratic corridors, and nonviolent movements and protests" (Varshney 2002:25).

For these reasons, we expected that the results of empirical studies would point to significant differences in the perception of social institutions in the areas of ethnic conflict and ethnic peace.

Results confirm that the differences between the areas of peace areas and conflict areas were statistically significant. However, it was surprising that greater trust in institutions was reported in conflict areas. The analysis of responses concerning different types of institutions shows some interesting trends. First of all, the average trust in social institutions is very low in general (in conflict areas the overall average score was 2.22, and in peace enclaves 2.09, respectively). What we consider important in the analysis is not merely the absolute level of trust in individual institutions, but the relative differences between the areas of peace and conflict. If we do so, it becomes quite clear that in the background of the trust in institutions some significant differences operate as regards local people's values and political orientations. As shown in Table 6. the previous assumption is confirmed by the results of the multiple regression analysis.

---

17 As M. Perkmann says, "they serve as criteria for action and non-action" and "as such they are an important factor in the constitution of identity" (Perkmann 1998).

**Table 6:** Determinants of trust in the institutions of the national political system

<i>Trust In The Institutions Of The National Political System</i>					
<i>Peace Areas</i>	$\beta$	$p$	<i>Conflict Areas</i>	$\beta$	$p$
Level of Education	0.153	0.00	Social Pessimism	-0.237	0.00
$R^2$	0.021		Political Orientation	0.139	0.00
$F = 8.123 \quad p < 0.04$			Ethnic Segregacionism	0.120	0.02
			Europeism	0.107	0.04
			$R^2$	0.087	
			$F = 8,925 \quad p < 0,02$		

The results show significant differences in the area of social factors according to which respondents in peace and conflict areas base their trust in the institutions of the national political system (government, parliament, political parties). These differences are reflected in the number of statistically significant predictors, as well as in the relation of the amount of variance which was explained by those predictors. In the peace and conflict areas, trust in the stated institutions, at least considering the factors that are being tested in this model, is based on different symbolic and motivational foundations. However, the level of education in the peace areas is the only significant predictor. It explains about 2% of the variance which is related with respondents' trust in the institutions of the national political system. On the other hand, in the conflict areas trust in that kind of institutions is not significantly connected with the respondents' education. Four different predictors, in the conflict areas, interpret slightly less than 9% of the mentioned criterion variables variance. It is evident that the respondents who do not support the belief of social pessimism, who see themselves as the members of right-wing political orientation, who support the values of ethnic segregation and the Croatian entry into the EU show more confidence in the national political system institutions. The differences are meaningful because they show no significant correlation in the peace areas between the trust in the specified institutions, acceptance of the nationalist value system and the right political orientation, as is the case in the conflict areas. Accordingly, it should be concluded that in the conflict areas perception of the national political system and trust in its institutions was significantly shaped by the nationalist ideology, which was advocated by the elites from the national centres of political power during the war in Former Yugoslavia. Therewithal, the peace areas results show that the perception of the mentioned institutions is not significantly burdened with ethno-nationalist political discourse, as is the case in the conflict areas.

Altogether, the results in conflict and peace areas are noteworthy due to the fact that they demonstrate statistically significant differences regarding trust in institutions such as parliament, government, public administration, military, police, political parties and church (see: Mrakovčić, 2010). Accordingly, it should be concluded that institutions subordinated directly to the national government are more firmly rooted in the conflict areas simply because these areas were predominantly



marked with nationalist discourse. Further more, the low average estimates by respondents as regards trust in institutions indicate instability and contingency of the new established institutional order, which is particularly evident in the perception of corruption in Croatia in virtually all levels of the institutional system in the center as well as peripheries.<sup>18</sup> Another and yet paradoxical aspect of institutional trust is manifested in an extraordinary trust in "uniforms" (military, police, church). Although this trust is somewhat higher in conflict areas, we generally maintain that both in local levels and in center authoritarian values (indicating respect for hierarchies) are pretty strong. Nevertheless, in conditions of the war as well as political change in the 1990s, the institutional instability, paradoxically, opened the space for both instigating conflict and conflict appeasing with conciliatory solutions.

An example of what happened in Pula in early 90-ties may serve as an illustration of the latter. The interviewed told us that during the war the military orders from the center (in Zagreb) were communicated mainly through the phone, for avoiding official recordings of the communications. This way, as he explained, various interpretations of the commands were possible, for none wanted to take responsibility if something would have been going wrong in the local area. Thanks to such circumstances, the local Headquarter of the Croatian Army has simply abandoned the order that commanded a massive armed attack on airport in Pula, which was guarded by the Yugoslav People's Army (JNA) troops. The interviewed said that he and other members of the local Headquarters estimated that such an action against the JNA might elicit a catastrophe for the city. Eventually, they dismissed the local military troops and sent them home to sleep!

Paradoxically again, but now in the context of relatively peaceful development and in the processes of reintegration of local communities and their multiethnic composition, respectively, the behavior of the political center becomes contingent rather than linear. This happens primarily due to incomplete institutionalization process on the national level. The lack of clear institutional procedures opens the space for arbitrariness and corruptive activities. As a consequence, political and economic actions controlled by the political center become volatile, i.e. contingent. Basically, policies toward some delicate issues concerning minorities' rights are improvised, particularly due to political change (of the government) following elections. Actually, even when the official policy in Zagreb principally advocates inter-ethnic tolerance, which is in accordance with the Croatian constitution and laws protecting minority rights, instruments are proverbially lacking for the implementation of such policy. In contrast to the wartime, nowadays resistance against tolerance originates mainly from below, i.e. local communities.<sup>19</sup>

18 This conclusion is made on the basis of several studies in Croatia – see: Kregar J., Sekulić D., Šporer Ž. (2010) *Korupcija i povjerenje*. Zagreb, Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo.

19 This is exemplified by the case of the governmental attempt of legal introducing of Cyrillic alphabet in the public space in Vukovar. Actually, local Croats massively reject the legal action of the government and the national government is currently reluctant as regards

## 6. CONCLUDING REMARKS

*"Reconciliation is a process not an end, and it's never too early to start"*  
(Cohen, 2012: 4)

Amounts of national intolerance toward Serbs in Croatia in general, on aggregate national level, are reduced today if compared with 1990s, with variations as regards different multiethnic areas (cf. Hećimović, Brajović, Ilin, 2010). Still, the level of intolerance is relatively high (when compared with some other countries in Europe, like Switzerland or Rumanian Transylvania, for example) and it can hardly be lowered this time without appropriate changes in interstate relation between Croatia and Serbia.

Currently, the interstate relations are marked with two events. One is already mentioned release of the Croatian generals by the Hague tribunal, and the other is the situation with introducing Cyrillic alphabet on public places and signs in Vukovar. It is interesting to note that reactions of representative of Serb organizations in Croatia as regards the former case were rather moderate and reconciliatory, unlike the reactions of the Serbian government.<sup>20</sup> In the latter case, differences between Serb representatives in Croatia and the Serbian government were rather small, i.e. more rhetorical than substantial (see: [www.balkans.aljazeera.net](http://www.balkans.aljazeera.net) › VIJESTI › Balkan). On the other hand, Croatian associations of the war veterans, mostly close to far right-political groups, state that they would be rather to see "Turkish, Chinese or Japanese" than Serb Cyrillic signs in Vukovar. ([www.24sata.hr/.../prosvjed-radi-cirilice-vukovar-nikada-nece-biti-by...](http://www.24sata.hr/.../prosvjed-radi-cirilice-vukovar-nikada-nece-biti-by...)). *This incidence provides a clear example of deterioration of interethnic relations in a Croatian multiethnic region. On the other hand, situation in other regions where Croats and Serbs live together is less dramatic, although some negative impacts of the "shockwave" from Vukovar cannot be ruled out.*

In sum, linearity of the policy making in the center is not a permanent process. It is interrupted from time to time with zigzagging. On both sides, Zagreb and Belgrade, changes of the political course vis-à-vis interstate relations and intrastate policies toward nationalities, Croats and Serbs, are immanent to changing governments. Nevertheless, more than contingent, the governmental policies are subject to international surveillance, mostly by the EU. It would be more correct then to denote Brussels as the carrier of the linear, i.e. deterministic, policy in the sense of advancing national tolerance among nations in the neighborhood, i.e. Croatia and Serbia in this case. On the other hand, linearity and contingency,

---

the process of implementation. We cannot guess, of course, what will be result of the new contingency, and whether a "conformant" policy solution is possible to apply in this particular case. Most protesters demand a rather long postponement (for ten or more years) of the implementation of the right of Serbs to deal with Cyrillic alphabet in the area of Vukovar.

20 „The Hague Tribunal killed again all victims fallen during and after the Storm“ (Croatian military operation in 1995), says Dragan Marković, president of the party "United Serbia" that is a member of current ruling coalition in Serbia ([www.index.hr/vijesti/clanak/reakcije-zr-bije...je.../647017.aspx](http://www.index.hr/vijesti/clanak/reakcije-zr-bije...je.../647017.aspx)).

respectively, characterize different peripheral regions in Croatia. Lika is thus "linear" and less adaptive to the processes of reconciliation and tolerance between Croats and Serbs. It is similar with the Croatian war veterans. Most respondents in Lika alike, most veteran associations steadily evade rhetoric and policy of reconciliation and tolerance in favor of expressing their suspicion and intolerance toward Serbs.<sup>21</sup> On the other hand, Istria and Gorski kotar are more contingent to reconciliation process.

Most likely, top-down and bottom-up approaches to ethnic relations and reconciliation processes may – at least in the Croatian case – become conformant when political elites in a center and a periphery have similar positions, in this case favorable attitudes toward the reconciliation processes, that they believe that living with the others is possible and wishful at the same time. Nevertheless, the real politics is divided between different political actors on national and local levels. As a rule, a ruling party hardly cooperates with politically opponent parties on local or regional level. Hence their policies toward minorities are rarely conformant. Very often, this results with failures of reforms, such as decentralization processes in combination with devolution of prerogatives of center down to peripheries (cf. Katunarić, 2003). Some authors describe the incapacitation of peripheries in Croatia as a consequence of a long-term developmental inability which prevents them from acting as autonomous subjects of development (cf. Rogić and Lugiarić, 2005). However, the notion of "developmental inability" is easy to manipulate as a self-fulfilling prophecy of a political center. More specifically, in the policy of interethnic reconciliation and tolerance a regional "inability" might be the result of preventing of allotting of resources, primarily financial ones (e.g. for building of a multiethnic cultural center), to oppositional political group in a peripheral region. Alternatively, the reluctance toward closer cooperation with a politically opposed county, such as Lika is nowadays (traditionally ruled by HDZ), vis-à-vis the center, i.e. Zagreb, ruled by a center-leftist coalition of political parties, may simply be motivated by inertia or, much worse, the "spoils system" (ruling parties usually give rewards in terms of new administrative positions only to their loyal cadres).<sup>22</sup>

21 For instance, for them (veterans) as well as for a number of Croats in Vukovar the Cyrillic alphabet is a proxy for Serb aggression against Croatia (this statement is broadcasted as a prime-time news of the national Croatian TV-channel a month ago).

22 The spoils system can be identified within remits of the current government in Croatia as well. Yet, much before Social Democratic Party (SDP) and Croatian Democratic Union, the two major political parties in Croatia, have established a "historic compromise" in this regard. The compromise consists of a consensual practice of employing loyal people on each side independently. Tacitly, this implies that new people, employed by the current government, should be added to – i.e. they should not replace – individuals in the public administration employed by preceding government (of HDZ and SDP, respectively). Otherwise, when the deal is broken – and it happened once in 2001, when SDP started to replace HDZ cadres with its own cadres in public administration – then the opponent party alarms domestic and international political community that in Croatia an anti-democratic politics of "retaliation" (*revanšizam*) emerges. To our best recall, as a consequence of the HDZ political campaign, the center-left coalition terminated its campaign of replacing cadres loyal to HDZ. As a consequence, one party obstructs the other one on regional and local levels.

Eventually, the application of differential politics toward peripheries reminds to old imperial policies in the Balkans as well as Stalin's policies in the former Soviet Union (with punishing disloyal regions, such as removing Tatars from Crimea to distant lands). Of course, the current center-periphery policy in Croatia is far from being such drastic and antidemocratic. Actually, it is pretty much intertwined with the policy of Serbia. Both policies seem to tend to perpetuate the status quo, a kind of "Hobbes equilibrium", i.e. tolerance and peace defined as temporary absence of conflict-cum-violence. Thus, relations between Croats and Serbs, thanks to the political inertia, are easier to regress than moving forward to a more permanent peace. For to maintain the status quo political passivity and disinterest in making conformant approaches would be sufficient, but also risking. For to make for a durable peace and tolerance, respectively, conformant policies are needed, which involve a lot of political energy, good will, optimism and social and cultural creativity. However, it is questionable are there some example of good practice in the EU that may facilitate an advance in the process of reconciliation in Croatia and generally in areas taken by war(s) of the former Yugoslavia. It is difficult to estimate how far the present-day EU – with some arising crises in interethnic relations, such as in Belgium or in Spain with Catalonia – may provide a muster for tolerance and peace. Perhaps, some episodes of nearer past of the EU, when at least Belgium was an excellent example of interethnic tolerance and peace, may provide an impetus to optimism. Yet, that was time of the economic growth and rising expectations in Europe. For sometimes the second Yugoslavia was a society where different nationalities lived together apparently in a relative harmony and peace.

So, what is needed is back to future? Perhaps this may be true basically because both EU and Yugoslavia in the 1960s were welfare societies, i.e. Keynesian economies in their own right. In any case, to look for entirely new solutions for interethnic relations and other issues of development in a (utopian) future is futile. Good news is always a follow-up of some other good news from before.

## References

1. *Analitički bilten* 4, 5 (2007) god. IX, Zagreb: Hrvatski zavod za zapošljavanje.
2. Banovac, B. (1998) *Društvena pripadnost, identitet, teritorij*. Rijeka: Pravni fakultet.
3. Banovac B., Blažević R. Boneta, Ž. (2004) Modernizacija (i/ili europeizacija) hrvatske periferije – primjeri Istre, Like i Gorskog Kotara. *Revija za sociologiju*, 35 (3-4):113–141.
4. Banovac B., Boneta, Ž. (2006) Etnička distanca kao čimbenik socijalne (dez) integracije lokalnih zajednica. *Revija za sociologiju*, 37(1-2): 21-46.
5. Benić, S. (1990) Pluralistički doček Tuđmana. *Glas Istre*, 12. 04. 1990.
6. Bonet, B. (2010) Conformant plans and beyond: Principles and complexity. *Journal of Artificial Intelligence*. Vol. 174, No. 3-4, March, pp. 245-269.
7. Cohen, J. (2012) Breaking the vicious circle – reconciliation in OSCE areas. *Open Democracy*. [www.opendemocracy.net](http://www.opendemocracy.net)
8. Gellner, E. (1998): *Nationalism*. London: Phoenix.
9. Guelke, Adrian (2004) *Democracy and Ethnic Conflict: Advancing Peace in Deeply Divided Societies*. Palgrave: Macmillan.
10. Horowitz, Donald L. (2001) *The Deadly Ethnic Riot*. Berkeley, CA - London: University of California Press.
11. Katunarić, V. (2003): Methodology for (comparative) research on cultural policy decentralisation in SEE countries: objectives, instruments, practices. Amsterdam-Bucharest: European Cultural Foundation, Central European Initiative, Ministerul Culturii si Culterol, ECUMEST, 21-36.
12. Katunarić, V. (2010) (Un)Avoidable War: Peace and Violent Conflict in Multiethnic Areas in Croatia. *Revija za sociologiju*, 40 (1): 5-29.
13. Katunarić, V., Banovac, B., (2003) Conflict and Peace in Multiethnic Cities of the Former Yugoslavia. A Case Study. In: *Perspectives in Multiculturalism: Western & Transitional Countries*. Edited by M. Mesić. Zagreb: FF Press, Croatian Commission for UNESCO, 2004, 181-200.
14. Kiossev, Alexander (2003) The dark intimacy: maps, identities, acts of identification. Eurozine. <http://www.eurozine.com/articles/2003-05-19-kiossev-en.html>
15. Kregar J., Sekulić D., Šporer Ž. (2010) *Korupcija i povjerenje*. Zagreb, Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo.
16. Mrakovčić, Marko., (2010) (Dez)integracija i povjerenje u institucije u višetetničkim zajednicama Hrvatske. *Revija za sociologiju*, 40(2): 157-184.
17. Olzak, Suzan. *The Global Dynamics of Racial and Ethnic Mobilization*. Stanford: Stanford University Press, 2006
18. Perkman, M. (1998) Social Integration and System Integration: Reconsidering the Classical Distinction. *Sociology* 3/1998. 491-507.
19. Rogić, I. (2000) *Tehnika i samostalnost: okvir za sliku treće hrvatske modernizacije*. Zagreb: Hrvatska sveučilišna naklada.

20. Rogić Lugarić, T. (2005): Normativna decentralizacija u Hrvatskoj i njene granice. *Društvena istraživanja* 14 (6): 1175-1198.
21. Rokkan, S. (1980) Territories, Centers and Peripheries: Toward a Geoethnic-Geoeconomic-Geopolitical Model of Differentiation within Western Europe, in: Gottmann, Jean (ur.) *Center and Periphery: Spatial Variation in Politics*. Beverly Hills-London: Sage Publication, p. 163-204.
22. Rokkan, S., D. W. Urwin (1983) *Economy Territory Identity. Politics of West European Peripheries*, London: Sage.
23. Schneckener, U. (2004) Managing and Settling Ethnic Conflicts: The Context-Design. *Managing and Settling Ethnic Conflicts*. Eds. Ulrich Schneckener and Stefan Wolf. New York: Palgrave Macmillan, 2004, 271-285.
24. Sokolovic, Dz. & and F. Bieber, eds. (2001) *Reconstructing Multiethnic Societies: The Case of Bosnia-Herzegovina*. Aldershot: Ashgate.
25. *Statistički izvještaj 2007*. Zagreb: Državni zavod za statistiku republike Hrvatske, Zagreb
26. Tiryakian, E. A. (2004) Comparative Perspectives on Ethnicity and Ethnic Conflicts. *Ethnicity, Ethnic Conflicts, Peace Processes: Comparative Perspectives*. Ed. Edward A. Tiryakian. Whitby ON Canada: de Sitter Publications. 1-17.
27. Varshney, A. (2002) *Ethnic Conflict and Civic Life. Hindus and Muslims in India*. New Haven and London: Yale University Press.
28. Vujević Hećimović G., Brajović S., Ilin K. (2010) Socijalna distanca građana Hrvatske prema narodima s područja bivše Jugoslavije s obzirom na vrijeme i neka socio-demografska obilježja. *Suvremena psihologija*, 13 (1): 144-154
29. Wachtel, A. B. (2008) *The Balkans in World History*. Oxford University Press.
30. Wolf, S. (2004) Managing and Settling Ethnic Conflicts. *Managing and Settling Ethnic Conflicts*. Eds. Ulrich Schneckener and Stefan Wolf. New York: Palgrave Macmillan, 2004. 1-17.
31. Wolff, S. (2006) *Ethnic Conflict: A Global Perspective*. Oxford: Oxford University Press.
32. [www.24sata.hr/.../prosvjed-radi-cirilice-vukovar-nikada-nece-biti-by...](http://www.24sata.hr/.../prosvjed-radi-cirilice-vukovar-nikada-nece-biti-by...)
33. [www.balkans.aljazeera.net](http://www.balkans.aljazeera.net) › VIJESTI › Balkan
34. [www.index.hr/vijesti/clanak/reakcije-iz-srbije...je.../647017.aspx](http://www.index.hr/vijesti/clanak/reakcije-iz-srbije...je.../647017.aspx)
35. [www.index.hr/vijesti/clanak/u-vukovaru...srba.../652998.aspx](http://www.index.hr/vijesti/clanak/u-vukovaru...srba.../652998.aspx)
36. [www.izbori.hr](http://www.izbori.hr)
37. [www.radio101.hr/podcast.php?id=162385](http://www.radio101.hr/podcast.php?id=162385)

## Summary

### **“FROM WAR TO TOLERANCE? BOTTOM-UP AND TOP-DOWN APPROACHES TO (RE)BUILDING INTERETHNIC TIES IN THE AREAS OF THE FORMER YUGOSLAVIA”**

In recent history the Balkans passed through periods of conflict and violence typical of many post-imperial nation-states that are unable to establish lateral links with their neighbors without or outside the central (imperial) connection. In a way, these states imitated historical path of imperial conquests. In this regard, ethnic conflicts that escalated into wars of the former Yugoslavia can be taken as examples of an erratic transformation of post-imperial into modern nation-states that are eager to build up democracy at home and develop peaceful coexistence with others in international environment. Nevertheless, not all multiethnic areas were caught up in violence (e.g. instances of “peace enclaves” in multiethnic areas in Croatia, Bosnia and Heregovina and in Kosovo). Through such examples, which will be illustrated with results of empirical research, we recognize potentials for building tolerance from below. On the other hand, in most other places peace was a follow up of post-conflict processes. In these cases, local potentials of ethnic tolerance were rather weak. The paper provides some examples illustrating regional differences in this regard within Croatia. Actually, the whole process of normalization of ethnic relations in peaceful terms is far from being linear and is hardly going smoothly. Some parts of national elites foster distance and antagonism against the “others”. On the other hand, especially following EU accession of Croatia, nationalistic rhetoric significantly receded on the level of the official politics. The question is then whether the impact of policies in institutional sphere, both national and international, i.e. top-down approach, is decisive in shaping inter-ethnic relations. The conclusion is that the institutional, top-down arrangements of peace and tolerance cannot be sustainable without concomitant bottom-up processes on micro level, which theoretically corresponds to a “conformant policy” against “linear policy” or determinism of the center and contingencies in the periphery.

**Key Words:** *Inter-Ethnic Relations, Nationalism, Ethnic Conflict, Ethnic Tolerance, Croatia, former Yugoslavia.*

## Zusammenfassung

**„VOM KRIEG ZUM TOLERANZ? TOP-DOWN- UND  
BOTTOM-UP-ANSÄTZE IN PROZESSEN DES (WIEDER)  
AUFBAUS INTERETHNISCHER BINDUNGEN IN  
EHEMALIGEM JUGOSLAWIEN“**

Vor kurzem durchlebte Balkan Episoden von Konflikten und Gewalt, welche für viele post-imperiale Nationen-Staaten, unfähig zur Errichtung von Bindungen mit Nachbarn außerhalb des imperialen Modells von Zentrum und Peripherie, typisch sind. Solche Staaten ahmten historische Muster der imperialen Eroberungen nach. In diesem Sinne stellen die ethnischen Konflikte, welche in Gebieten des ehemaligen Jugoslawien zu Kriegen eskalierten, falsche Transformationen von post-imperialen Staaten in die durch die demokratische Ordnung und ruhige Koexistenz mit Nachbarn gekennzeichneten modernen Nationen-Staaten dar. Trotz solcher Situationsentwicklung stellte sich heraus, dass es nicht in allen polyethnischen Milieus zur Eskalation der ethnischen Gewalt kam (z.B. die Fälle von „Friedensklaven“ in polyethnischen Gebieten von Kroatien, Bosnien und Herzegowina und Kosovo). In solchen durch die empirische Forschung illustrierten Beispielen findet man das Potential, die Toleranz „von unten“ aufzubauen. Andererseits sind in den Gebieten, in welchen der Frieden aus Post-Konflikt-Prozessen ausgegangen ist, die Potentiale zum Aufbauen der ethnischen Toleranz viel schwächer. In der Arbeit werden die auf ausgeprägte regionale Unterschiede hinweisenden Beispiele angeführt. Ebenfalls wird in der Arbeit gezeigt, dass der ganze Prozess der Normalisierung von interethnischen Beziehungen in kroatischer Gesellschaft kontradiktorisch abläuft. Teile nationaler Eliten neigen oft dazu, die soziale Distanz und den Antagonismus gegenüber den „Anderen“ hervorzuheben. Andererseits wurde die nationalistische Rhetorik auf politischer Ebene nach dem Beitritt Kroatiens zur EU wesentlich gemildert. Es stellt sich die Frage, in welchem Ausmaß die offizielle Politik auf nationaler und internationaler Ebene, welche den Ansatz „von oben“ darstellt, für die Formierung von interethnischen Beziehungen ausschlaggebend ist. Abschließend wird betont, dass die Herstellung von Frieden und Toleranz ohne den gleichzeitigen Ablauf des Prozesses auf Mikroebene, beziehungsweise des Prozesses „von unten“, nicht möglich ist. Im theoretischen Sinne entspricht das der Entgegenstellung von „linearer Politik“ und „Angleichungspolitik“, beziehungsweise der Entgegenstellung des politischen Determinismus von Zentrum und der Kontingenzprozesse in Peripherien.

***Schlüsselwörter:** interethnische Beziehungen, Nationalismus, ethnischer Konflikt, ethnische Toleranz, Kroatien, das ehemalige Jugoslawien.*



Riassunto

**“DALLA GUERRA ALLA TOLLERANZA? GLI APPROCCI  
DALL’ALTO E DAL BASSO NEI PROCESSI DI (RI)  
COSTRUZIONE DEI LEGAMI INTERETNICI NEI TERRITORI  
DELLA EX-JUGOSLAVIA”**

Nel passato recente i Balcani hanno vissuto periodi di conflitti e violenza, tipici di numerosi paesi-nazioni post-imperiali, che si dimostrarono incapaci di creare una connessione con i vicini al di fuori del modello imperiale impostato sul centro e le periferie. Siffatti paesi imitarono i modelli di assoggettamento imperialistici. In tale senso i conflitti etnici, degenerati poi in guerre nei territori dell'ex-Jugoslavia, rappresentano esempi dell'errata trasformazione dei paesi post-imperiali in nazioni-paesi dall'ordinamento democratico e dalla pacifica coesistenza con i vicini. Nonostante un tale sviluppo della situazione, s'è rilevato che non in tutte le realtà multietniche si sia giunti alla violenza etnica (ad es. i casi delle "enclave di pace" nei territori multietnici di Croazia, Bosnia ed Erzegovina e del Kosovo). In tali esempi, illustrati mediante dati ricavati da un'indagine empirica, s'individua il potenziale per la costruzione della tolleranza "dal basso". D'altra parte, nei territori dove la pace è il risultato dai processi post-conflitto i potenziali locali per la costruzione della tolleranza etnica si sono dimostrati più deboli. Nel lavoro sono indicati gli esempi che esprimono notevoli differenze regionali in Croazia. L'indagine dimostra altresì come l'intero processo di normalizzazione dei rapporti interetnici nella società croata stia avendo luogo in maniera contraddittoria. Parti dell'élite nazionale spesso tendono a sottolineare il distanziamento sociale e l'antagonismo rispetto agli „altri“. D'altra parte, dopo l'ingresso della Croazia nell'Unione europea, la retorica nazionalistica sul piano politico è notevolmente diminuita. Si pone il quesito della misura in cui la politica ufficiale sul piano nazionale ed internazionale, che rappresenta l'approccio "dall'alto" sia determinante nella formazione dei rapporti interetnici. Si giunge alla conclusione che la realizzazione della pace e della tolleranza etnica non è possibile senza il contemporaneo processo sul micro-piano "dal basso". Nel senso teorico ciò corrisponde alla contrapposizione della "politica lineare" e della "politica conformante", ossia della determinazione politica del centro e dei processi contingenti che si svolgono nei luoghi periferici.

***Parole chiave:** rapporti interetnici, nazionalismo, conflitto etnico, tolleranza etnica, Croazia, ex-Jugoslavia.*

## OSLOBOĐENJE OD ODGOVORNOSTI ZRAČNOG PRIJEVOZNIKA ZA ŠTETU – IZVANREDNE OKOLNOSTI

Dr. sc. Marko Bevanda, izvanredni profesor  
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, BiH  
Mr. sc. Biljana Konev, voditeljica pravnih poslova  
Zračna luka Pula d.o.o.

UDK: 347.824.25:347.51  
Ur.: 3. rujna 2014  
Pr.: 17. studenog 2014.  
Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Ozbiljni problemi i neugodnosti s kojima se susreću putnici u zračnom prijevozu zahtijevaju podizanje standarda njihove zaštite na višu razinu. Veliki broj putnika kojima je bio uskraćen ukrcaj, kao i putnika oštećenih otkazivanjem leta bez prethodnog upozorenja i onih pogođenih dugim odgodama ukazao je na činjenicu da je potrebno jasno i nedvosmisleno informirati putnike o njihovim pravima, o načinu ostvarenja tih prava, te uvesti brži i učinkovitiji sustav naknade. To je potaknulo institucije Europske unije na pripremu i usvajanje „reformskih“ mjera radi izmjena važećeg zakonodavstva u području zračnog prijevoza. Autori u ovom radu analiziraju Uredbu Europske unije br. 261/2004, te prijedlog Komisije za njezinu izmjenu upućen Europskom parlamentu i Vijeću 2013. godine, s posebnim naglaskom na „izvanredne okolnosti“ kao razlogom oslobođenja od odgovornosti zračnog prijevoznika za štetu prouzročenu putniku zbog otkazivanja leta. Posebnu pozornost posvećuju praksi Suda Europske unije u ovom području. Ističu da su odluke Suda Europske unije umjesto razjašnjenja dodatno zakomplicirale primjenu Uredbe, posebice u pitanju definiranja koncepta „izvanrednih okolnosti“.*

**Ključne riječi:** Uredba 261/2004, zračni prijevoz, izvanredne okolnosti, odgovornost zračnog prijevoznika, otkazivanje leta.

### **1. UVOD**

Prava putnika zauzimaju istaknuto mjesto u europskom prometnom pravu.<sup>1</sup> U području zračnog prijevoza Europska unija donosi mjere usmjerene na osiguravanje

<sup>1</sup> Karsten, Jens, Passengers, consumers, and travellers: The rise of passenger rights in EC transport law and its repercussions for Community consumer law and policy, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 30., Issue 2., 2007., str. 117.

visoke razine zaštite putnika kao posebne kategorije potrošača.<sup>2</sup> Takve mjere uključuju i mjere namijenjene zaštiti putnika u slučaju uskraćenog ukrcanja (engl. *denied boarding*) i otkazivanja leta (engl. *cancellation of flight*) ili dužeg kašnjenja leta (engl. *long delay of flight*).<sup>3</sup> To je posve razumljivo kada se uzme u obzir činjenica da se uskraćivanje ukrcanja, otkazivanje ili kašnjenje leta protivi jednom od temeljnog interesa putnika za pravodobnim i urednim putovanjem, te im u pravilu uzrokuje ozbiljne probleme i neugodnosti.

Pravila o temeljnoj zaštiti putnika propisana Uredbom Vijeća (EEZ) br. 295/91 od 4. veljače 1991. o utvrđivanju općih pravila za sustav odštete u slučaju uskraćivanja ukrcanja u redovnom zračnom prijevozu<sup>4</sup> pokazala su se kao nedovoljan standard zaštite putnika u zračnom prijevozu, jer je broj putnika kojima je bio uskraćen ukrcaj ostao i dalje visok, kao i broj putnika oštećenih otkazivanjem leta bez prethodnog upozorenja, i onih pogođenih dugim odgodama.<sup>5</sup>

Stoga su Europski parlament i Vijeće Europske unije donijeli 11. veljače 2004. Uredbu br. 261/2004 o utvrđivanju općih pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcanja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta u polasku te o stavljanju izvan snage Uredbe (EEZ) br. 295/91 (dalje u tekstu: Uredba 261/2004).<sup>6</sup> Uredba 261/2004 stupila je na snagu 17. veljače 2005. godine.

- 2 Tijekom 2010. godine zračne luke u Europskoj uniji ostvarile su ukupan promet od preko 800 milijuna odlazaka i dolazaka putnika, [http://ec.europa.eu/transport/modes/air/internal\\_market/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/transport/modes/air/internal_market/index_en.htm) (mrežna stranica posjećena: 31. siječnja 2014.).
- 3 Vidi: Commission Staff Working Document Impact Assessment - Accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 261/2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delays of flights and Regulation (EC) No 2027/97 on air carrier liability in respect of the carriage of passengers and their baggage by air, SWD/2013/062 final, Brussels, 13.3.2013., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2013:0062:FIN:EN:PDF> (mrežna stranica posjećena: 14. prosinca 2013.).
- 4 Council Regulation (EEC) No 295/91 of 4 February 1991 establishing common rules for a denied-boarding compensation system in scheduled air transport, Official Journal L 36., 8.2.1991., str. 5. – 7. U skladu s Uredbom Vijeća (EU) br. 216/2013 od 7. ožujka 2013. o elektroničkom izdanju Službenog lista Europske unije od 1. srpnja 2013. godine (Council Regulation (EU) No 216/2013 of 7 March 2013 on the electronic publication of the Official Journal of the European Union, Official Journal L 69/1, 13.3.2013.) samo elektroničko izdanje Službenog lista smatra se vjerodostojnim i ima pravni učinak. Ako nije moguće objaviti elektroničko izdanje Službenog lista zbog nepredviđenih i iznimnih okolnosti, tiskano izdanje je vjerodostojno i ima pravni učinak u skladu s uvjetima navedenima u članku 3. Uredbe (EU) br. 216/2013., Ured za publikacije Europske unije (The Publications Office of the European Union) – Luxembourg, <http://publications.europa.eu> (mrežna stranica posjećena: 14. prosinca 2013.).
- 5 Vidi: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing common rules on compensation and assistance to air passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, (presented by the Commission), COM/2001/0784 final - COD 2001/0305, Brussels, 21.12.2001., Official Journal C 103E , 30.4.2002., str. 225. – 229.
- 6 Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91 (Text with EEA relevance), Official Journal L 46, 17.2.2004., str. 1. – 8.

Uredba 261/2004 važan je izvor zaštite prava putnika u zračnom prometu. Kao što je rečeno, prije donošenja Uredbe 261/2004, zaštita prava putnika u zračnom prometu bila je na vrlo niskoj razini, ne samo jer je standard propisane zaštite prava putnika bio nizak, već i stoga što putnici nisu bili dovoljno informirani o svojim pravima. Svrha donošenja Uredbe 261/2004 bila je povisiti taj standard radi ojačanja, odnosno unapređenja prava putnika, ali na način da se osigura djelovanje zračnih prijevoznika sukladno uvjetima na liberaliziranom tržištu.<sup>7</sup>

Na prvi pogled izgleda da je Uredbom 261/2004 zaštita putnika u zračnom prometu doživjela značajan pomak unaprijed,<sup>8</sup> međutim, iako u nekim segmentima osigurava visoku razinu zaštite putnika, Uredba 261/2004 je istodobno stalni izvor mnogih kontroverzi i dvojbi.<sup>9</sup> Sporna i nejasna područja (tzv. „sive zone“) u Uredbi 261/2004 stvaraju pravnu nesigurnost koja narušava ostvarivanje prava putnika u zračnom prometu i dovodi do brojnih sporova između zračnih prijevoznika i putnika.<sup>10</sup> Nacionalni sudovi država članica Europske unije neprestano se obraćaju Sudu Europske unije sa zahtjevima za prethodnu odluku o tumačenju pojedinih odredaba Uredbe 261/2004.<sup>11</sup> U nastavku ovog rada u kojem je prikazan dio prakse Suda Europske unije o tome, pokušalo se prikazati da su u određenim pitanjima davana tumačenja koja su kontradiktorna, a ponekad i u suprotnosti s međunarodnim pravom. Osnovni razlog je taj što su neka područja u Uredbi 261/2004 nedovoljno regulirana, a nejasnoća odredbi ili nedosljednost primjene odredbi određenog propisa često rezultira u povećanom broju sudskih procesa. Nadalje, treba reći i to da je Sud Europske unije znao davati tumačenja i za pitanja koja mu nisu bila upućena. To je u konačnici rezultiralo time da ni putnici ni prijevoznici nisu imali jasnu sliku što su im prava, odnosno obveze u određenim slučajevima, a posebno kod pozivanja prijevoznika na „izvanredne okolnosti“ kao razlog oslobođenja zračnog prijevoznika na obvezu plaćanja odštete. Doveden je u pitanje i sam koncept i struktura zaštite prava putnika i pojedina rješenja iz Uredbe

7 Toč. 4. Preambule Uredbe 261/2004.

8 Vidi: Correia, Vincent, The evolution of air passengers rights in european union law, The Aviation & Space Journal, Year X, No. 2., 2011, str. 7. – 14., [http://www.ingfo.unibo.it/servizi/rivista/The\\_Aviation\\_Space\\_Journal\\_n2-2011.pdf](http://www.ingfo.unibo.it/servizi/rivista/The_Aviation_Space_Journal_n2-2011.pdf) (datum objave: 20. srpnja 2011.).

9 Vidi: Prassl, Jeremais, Reforming Air Passenger Rights in European Union, Air & Space Law, Kluwer Law International BV, The Netherlands, Vol. 39., Issue 1., 2014., str. 59. – 81.

10 Commission Staff Working Document – Executive Summary of Impact Assessment - Accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 261/2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delays of flights and Regulation (EC) No 2027/97 on air carrier liability in respect of the carriage of passengers and their baggage by air, SWD/2013/062 final, Brussels, 13.3.2013., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0063&from=EN> (mrežna stranica posjećena: 14. prosinca 2013.).

11 Vidi: Preporuke namijenjene nacionalnim sudovima koje se odnose na pokretanje prethodnog postupka, Sud Europske unije, Službeni list C 30, 1.2.2014.

261/2004.<sup>12</sup> Stoga se i javila potreba revizije Uredbe 261/2004,<sup>13</sup> s naglaskom na jasnije definiranje koncepta „izvanrednih okolnosti“.

U ožujku 2013. Komisija je predložila izmjene Uredbe 261/2004 (dalje u tekstu: prijedlog Komisije).<sup>14</sup> Prijedlog Komisije donekle je bio isprovociran i krizom koja je pogodila zračni promet, prvenstveno prijevoznike nakon 2010. godine (erupcija vulkana na Islandu), kada je dio njih zbog naknada koje su morale biti isplaćene velikom broju putnika bio blizu stečaja.<sup>15</sup> Tada je postalo očito da ravnoteža između zaštite prava putnika i interesa zračnih prijevoznika Uredbom 261/2004 nije postignuta.

Uzimajući u obzir prijedlog Komisije upućen Europskom parlamentu i Vijeću i mišljenje Europskog gospodarskog i socijalnog odbora od 11. srpnja 2013.,<sup>16</sup> te izvješće Odbora za promet i turizam i mišljenje Odbora za unutarnje tržište i zaštitu potrošača od 22. siječnja 2014.,<sup>17</sup> Europski parlament je 5. veljače 2014. godine usvojio u prvom čitanju stajalište kojim čvrsto podržava neke ključne prijedloge Komisije za jačanje prava putnika u zračnom prijevozu, ali ne i prijedlog koji se odnosi na „izvanredne okolnosti“.<sup>18</sup>

12 Radionov, Nikoleta i dr., *Europsko prometno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2011., str. 460.

13 Vidi: Evaluation of Regulation 261/2004, European Commission – Steer Davies Gleave, 2010., [http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/studies/doc/2010\\_02\\_evaluation\\_of\\_regulation\\_2612004.pdf](http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/studies/doc/2010_02_evaluation_of_regulation_2612004.pdf) (zadnja izmjena: 5. prosinca 2012.); Exploratory study on the application and possible revision of Regulation 261/2004, European Commission – Steer Davies Gleave, Final report, July 2012., <http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/studies/doc/2012-07-exploratory-study-on-the-application-and-possible-revision-of-regulation-261-2004.pdf> (zadnja izmjena: 10. lipnja 2013.).

14 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation 261/2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights and Regulation (EC) No 2027/97 on air carrier liability in respect of the carriage of passengers and their baggage by air, COM(2013) 130 final, dostupno na: [http://www.euo.dk/upload/application/pdf/e752d81a/COM\\_2013\\_130\\_EN\\_ACTE\\_f.pdf](http://www.euo.dk/upload/application/pdf/e752d81a/COM_2013_130_EN_ACTE_f.pdf) (datum objave: 13. ožujka 2013.).

15 O pravima putnika i njihovoj zaštiti u slučaju stečaja avioprijevoznika vidi: Impact assessment of passenger protection in the event of airline insolvency, European Commission – Steer Davies Gleave, Final Report, March 2011., [http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/studies/doc/2011\\_03\\_passenger-rights-airline-insolvency.pdf](http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/studies/doc/2011_03_passenger-rights-airline-insolvency.pdf) (zadnja izmjena: 5. prosinca 2012.).

16 Opinion of the European Economic and Social Committee on the ‘Common rules on compensation and assistance to air passengers (rolling programme)’ COM(2013) 130 final, Official Journal C 327, 12.11.2013., str. 115. – 121.

17 Izvješće o prijedlogu Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o izmjeni Uredbe (EZ) br. 261/2004 o utvrđivanju općih pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcanja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta u polasku i Uredbe (EZ) br. 2027/97 o odgovornosti zračnih prijevoznika u pogledu zračnog prijevoza putnika i njihove prtljage (COM(2013)0130 – C7-0066/2013 – 2013/0072(COD), Odbor za transport i turizam, Izvjestitelj: Georges Bach. Dostupno na: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0020+0+DOC+PDF+V0//HR>.

18 Zakonodavna rezolucija Europskog parlamenta od 5. veljače 2014. o prijedlogu Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o izmjeni Uredbe (EZ) br. 261/2004 o utvrđivanju općih

Prije prelaska na daljnje izlaganje, potrebno je naglasiti da u ovome radu nije zauzeo stajalište o pravnoj prirodi obveze zračnog prijevoznika na odštetu i pomoć putnicima u slučaju uskraćenog ukrcaja i otkazanog leta. O tome bi se mogla zauzeti različita stajališta, svaki sa svojim argumentima: od toga da se radi o zakonskoj kazni za prijevoznika<sup>19</sup> do toga da se ipak radi o naknadi štete.<sup>20</sup> Bilo kakva detaljnija analiza zahtijevala bi zaseban rad na tu temu, te se stoga u ovome radu o tome nije pisalo, niti se pokušalo prikloniti bilo kojem stavu. Ovim radom pokušava se ukazati isključivo na problem koji je nastao nedosljednom primjenom i tumačenjem pojma „izvanrednih okolnosti“ (kao pretpostavke za oslobođenje prijevoznika od obveze odštete putnicima) Suda Europske unije.

## **2. PODRUČJE PRIMJENE I NEKE ODREDBE UREDBE 261/2004**

Uredbom 261/2004 utvrđuju se minimalna prava koja imaju putnici kada: (a) im je uskraćen ukrcaj protiv njihove volje; (b) im je let otkazan; (c) njihov let kasni.<sup>21</sup>

Sukladno čl. 3. st. 1. Uredba 261/2004 se primjenjuje na putnike koji putuju iz zračne luke smještene na državnom području države članice EU-a, kao i na putnike koji putuju iz zračne luke smještene u trećoj zemlji u zračnu luku smještenu na državnom području države članice, izuzev ako isti nisu dobili pogodnosti ili naknadu štete i nije im pružena pomoć u toj trećoj zemlji, te ako je zračni prijevoznik koji pruža uslugu dotičnog leta EU prijevoznik.

Uredba 261/2004 ne utječe na prava putnika propisana Direktivom Vijeća 90/314/EEZ od 13. lipnja 1990. godine o putovanjima, odmorima i kružnim putovanjima u paket aranžmanima,<sup>22</sup> te se ne primjenjuje kada se paket aranžman otkáže zbog razloga različitih od otkazivanja leta.

Sukladno odredbama čl. 4. Uredbe 261/2004 kada zračni prijevoznik razumno očekuje da će doći do uskraćivanja ukrcaja, isti će najprije pozvati dobrovoljce

---

pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcaja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta u polasku i Uredbe (EZ) br. 2027/97 o odgovornosti zračnih prijevoznika u pogledu zračnog prijevoza putnika i njihove prtljage (COM(2013)0130 – C7-0066/2013 – 2013/0072(COD)). Dostupno na: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0092+0+DOC+XML+V0//HR&language=HR> (dalje u tekstu: prijedlog Parlamenta).

19 Vidi tako: Radionov, Nikoleta, Kocijan, Iva, Prava putnika u slučaju uskraćenog ukrcaja, otkazanog leta ili dužeg kašnjenja leta, II. dio, Hrvatska pravna revija, Br. 10., 2009., str. 30. i 32.

20 Uredba 261/2004 zajedno s Uredbom (EZ) br. 2027/97 o odgovornosti zračnih prijevoznika u pogledu zračnog prijevoza putnika i njihove prtljage koji regulira prava putnika na odštetu kod povrede njihovih prava, predstavlja osnovu zaštite prava putnika (kao posebne kategorije potrošača) u zračnom prometu.

21 Čl. 1. st. 1. Uredbe 261/2004.

22 Council Directive 90/314/EEC od 13 June 1990 on package travel, holidays, tours (1990), Official Journal L 158, str. 59. – 64.

koji su voljni odustati od svoje rezervacije u zamjenu za pogodnosti po uvjetima dogovorenim između dotičnog putnika i stvarnog zračnog prijevoznika,<sup>23</sup> te će im pružiti odgovarajuću pomoć. Ako se ne javi dovoljan broj dobrovoljaca kako bi se ostali putnici s rezervacijama mogli ukrcati na let, stvarni zračni prijevoznik tada može uskratiti ukrcaj putnicima. Ako je ukrcaj putnicima uskraćen protiv njihove volje, stvarni zračni prijevoznik im je dužan odmah nadoknaditi štetu i pružiti im pomoć u skladu s odgovarajućim odredbama Uredbe.<sup>24,25</sup>

Prema čl. 5. st. 1(c) Uredbe 261/2004 u slučaju otkazivanja leta putnici, između ostalog, imaju pravo na odštetu stvarnog zračnog prijevoznika, osim ako:

- i. su obaviješteni o otkazivanju leta najmanje dva tjedna prije vremena polaska predviđenog redom letenja; ili
- ii. su obaviješteni o otkazivanju leta u roku od dva tjedna do sedam dana prije vremena polaska predviđenog redom letenja i ponuđeno im je preusmjeravanje koje im omogućuje da otputuju ne više od dva sata prije vremena polaska predviđenog redom letenja i da stignu u mjesto odredišta unutar četiri sata od planiranog vremena dolaska;
- iii. su obaviješteni o otkazivanju leta u roku od sedam dana prije vremena polaska predviđenog redom letenja i ponuđeno im je preusmjeravanje, čime im je omogućeno da otputuju ne više od sat vremena ranije od predviđenog vremena polaska i da stignu u mjesto odredišta unutar dva sata od planiranog vremena dolaska.

Također, prema čl. 5. st. 3. Uredbe 261/2004 stvarni zračni prijevoznik nije dužan platiti odštetu (sukladno čl. 7.), ako može dokazati da je do otkazivanja leta došlo zbog izvanrednih okolnosti koje se nije moglo izbjeći čak ni ako su poduzete sve razumne mjere. Prema prijedlogu Komisije (čl. 1., st. 1., toč. 4., podtoč. b.) navedena odredba ubuduće bi trebala glasiti: „Zračni prijevoznik nije obvezan platiti odštetu u skladu s člankom 7. ako može dokazati da je otkazivanje uzrokovano izvanrednim okolnostima i da se otkazivanje nije moglo izbjeći ni da su

23 Članak 2. Uredbe 261/2004 daje definiciju prijevoznika i stvarnog prijevoznika. Sukladno točki a) članka 2. Uredbe 261/2004 zračni prijevoznik je poduzetnik koji posjeduje valjanu operativnu licenciju, a sukladno točki b) stvarni zračni prijevoznik je zračni prijevoznik koji izvodi ili namjerava izvesti let ugovoren s putnicima ili u ime neke druge osobe, pravne ili fizičke, koja ima ugovor s tim putnikom. Dakle, zračni prijevoznik i stvarni zračni prijevoznik u konkretnom slučaju mogu i ne moraju biti isti poduzetnik, što u određenim slučajevima u praksi može biti jako bitno. U ovom se radu međutim razlika između jednog i drugog svodi u pravilu na terminološku razliku, u skladu s odgovarajućim odredbama koje se citiraju, op.a.

24 Prema prijedlogu Komisije (čl. 1., st. 1., toč. 3., podtoč. a) navedena odredba bi se trebala izmijeniti i glasiti: „Ako je ukrcaj uskraćen putnicima protiv njihove volje, izvršni (stvarni) zračni prijevoznik će to odmah putnicima nadoknaditi u skladu s člankom 7. i pomoći im u skladu s člankom 8. Kada se putnik odluči za preusmjeravanja prvom mogućom prilikom slijedom članka 8. stavka 1. točke (b) i kada je vrijeme polaska najmanje dva sata nakon prvotnog vremena polaska, izvršni zračni prijevoznik će pomoći putniku u skladu s člankom 9.“

25 Prema prijedlogu Parlamenta (amandman 58.) navedena odredba treba se brisati.

sve razumne mjere poduzete. Na takve izvanredne okolnosti može se pozivati samo ako utječu na let u pitanju ili prijašnji let zrakoplova.“

Europski parlament nije prihvatio takav prijedlog Komisije, već je predložio da se ta odredba dalje izmjeni tako da glasi: „Zračni prijevoznik nije obvezan platiti odštetu u skladu s člankom 7. ako može dokazati da je otkazivanje uzrokovano izvanrednim okolnostima. Na takve izvanredne okolnosti može se pozivati samo ako utječu na let u pitanju ili prijašnji let istog zrakoplova. Ako zračni prijevoznik ne dostavi dokaz u pisanom obliku o postojanju izvanrednih okolnosti, on mora isplatiti putnicima odštetu u skladu s člankom 7. Prvi podstavak ne oslobađa zračne prijevoznike zahtjeva da putnicima pruže pomoć u skladu s člankom 5. stavkom 1. točkom b ove Uredbe.“<sup>26</sup>

Prava putnika u slučaju kašnjenja leta uređena su člankom 6. Uredbe 261/2004. Ovisno o periodu kašnjenja leta u polasku u odnosu na duljinu leta, putnik ostvaruje pravo na obroke i osvježavajuće napitke u razumnom odnosu s vremenom čekaanja te pravo na dva besplatna telefonska poziva, telefaks poruke ili elektroničke poruke, zatim pravo na smještaj u hotelu i prijevoz iz zračne luke u hotel, te pravo na nadoknadu vrijednosti karte po cijeni po kojoj je kupljena.<sup>27</sup>

Vežano uz kašnjenje leta u dolasku, to jest dolaska na konačno odredište s određenim zakašnjenjem, Uredba 261/2004 to pitanje ne regulira. Pod kašnjenjem leta se dakle podrazumijeva odgoda polaska leta za određeni period, a sukladno periodu kašnjenja u odnosu na duljinu leta, putnici ostvaruju dodijeljena prava.

Prema čl. 12. st. 1. Uredba 261/2004 se primjenjuje ne dovodeći u pitanje prava putnika na dodatnu odštetu. Odšteta dodijeljena putniku ovom Uredbom može se odbiti od iznosa takve odštete.

Člankom 14. Uredbe 261/2004 posebno je naglašena obveza stvarnog zračnog prijevoznika (dakle zračnog prijevoznika koji izvodi ili namjerava izvesti let ugovoren s putnicima ili u ime neke druge osobe, pravne ili fizičke koja ima ugovor s tim putnikom), na obavješćivanje putnika o njegovim pravima. Naime, stvarni zračni prijevoznik osigurava da pri prijavljivanju za let, jasno čitljiva obavijest sljedećeg sadržaja bude prikazana na način jasno vidljiv putnicima: „Ako Vam je uskraćen ukrcaj ili ako je Vaš let otkazan ili kasni najmanje dva sata, pitajte na šalteru za prijavu leta ili na ukrcajnim vratima, pisanu izjavu o Vašim pravima, posebno što se tiče prava na odštetu i pomoć.“ Također, stvarni zračni prijevoznik koji uskrati ukrcaj ili otkazuje let dužan je svakom putniku uručiti pisanu obavijest koja sadrži pravila za odštetu i pomoć u skladu s Uredbom. Isto tako, svakom putniku kojem let kasni najmanje dva sata, treba osigurati istu takvu obavijest. Kontakt informacije nacionalnog tijela odgovornog za provođenje Uredbe 261/2004 u vezi s letovima iz zračnih luka smještenih na njezinom državnom području i letova iz treće zemlje u te iste zračne luke također treba dati putniku u pisanom obliku.<sup>28</sup>

26 Prijedlog Parlamenta - amandman 65.

27 Za točnu klasifikaciju opsega i vrste pomoći vidi članak 6. Uredbe 261/2004, a u svezi s člancima 8. i 9.

28 Vidi: [http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/air/doc/2004\\_261\\_national\\_enforcement\\_bodies.pdf](http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/air/doc/2004_261_national_enforcement_bodies.pdf) (mrežna stranica posjećena: 24. veljače 2014.).



### **3. POJAM „IZVANREDNE OKOLNOSTI“ SUKLADNO UREDBI 261/2004**

Uredba 261/2004 ne daje definiciju pojma izvanrednih okolnosti, već ih samo navodi kao pretpostavku za oslobođenje prijevoznika od obveze plaćanja odštete.

U točki 12. preambule Uredbe 261/2004 izvanredne okolnosti spominju se u kontekstu otkazivanja leta, te se navodi obveza da je prijevoznik dužan dati odštetu putnicima ako ne postupi u skladu sa svojim obvezama koje su posljedica otkazanog leta, osim ako je let otkazan zbog izvanrednih okolnosti koje se nisu mogle izbjeći čak i ako su se poduzele sve razumne mjere.

Točka 14. preambule Uredbe 261/2004 navodi da bi, u skladu s Konvencijom o ujednačavanju određenih pravila za međunarodni zračni prijevoz (dalje u tekstu: Montrealska konvencija),<sup>29</sup> odgovornost stvarnih zračnih prijevoznika za kašnjenje ili otkazivanje leta trebala biti ograničena ili u potpunosti isključena kada je događaj uzrokovan izvanrednim okolnostima koje se nisu mogle izbjeći niti poduzimanjem svih odgovarajućih mjera. Vidljivo je da se ne navode primjeri izvanrednih okolnosti, već situacije u kojima je moguće da se takve okolnosti pojave: u slučaju političke nestabilnosti, meteoroloških uvjeta koji onemogućuju izvođenje predmetnog leta, sigurnosnih rizika, neočekivanih nedostataka po pitanju sigurnosti leta i štrajkova koji utječu na operacije zračnih prijevoznika.

Točka 15. preambule nešto je određenija i navodi kada se smatra da izvanredne okolnosti postoje: onda kada je odluka, koju je donijela uprava zračnog prometa u vezi s određenim zrakoplovom određenog dana, dovela do dugoga kašnjenja leta, kašnjenja leta preko noći ili do otkazivanja jednog ili više letova tim zrakoplovom, iako je sve odgovarajuće mjere poduzeo dotični zračni prijevoznik kako bi se izbjeglo kašnjenje ili otkazivanje letova.

Kako bi se povećala pravna sigurnost za zračne prijevoznike i putnike, Komisija i Europski parlament suglasni su u tomu da je potrebna preciznija definicija koncepta «izvanrednih okolnosti», koja bi uzela u obzir presudu Suda Europske unije u predmetu *Wallentin-Hermann*.<sup>30</sup> Međutim, stavovi Komisije i Europskog parlamenta razilaze se u pitanju načina definiranja „izvanrednih okolnosti“, odnosno u pitanju popisa okolnosti koje su jasno definirane da jesu ili nisu izvanredne. Dok Komisija predlaže da bi definicija „izvanrednih okolnosti“ trebala bi biti objašnjena nepotpunim popisom okolnosti koje su jasno definirane da jesu ili nisu izvanredne, Europski parlament predlaže da bi definicija „izvanrednih okolnosti“

29 Na Diplomatskoj konferenciji država članica Međunarodne organizacije civilnog zrakoplovstva (ICAO - [www.icao.int](http://www.icao.int)) donesena je Konvencija o ujednačavanju određenih pravila za međunarodni zračni prijevoz u Montrealu, 28. svibnja 1999. godine. U Europskoj uniji Montrealska konvencija je na snazi temeljem Council Decision 2001/539/EC of 5 April 2001 on the conclusion by the European Community of the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (the Montreal Convention), Official Journal L 194 of 18.7.2001., dakle od 2001. godine. U Republici Hrvatskoj Montrealska konvencija stupila je na snagu 23.3.2008. godine (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br.1/2008.).

30 C-549/07 Friederike Wallentin-Hermann v Alitalia, ECR [2008] I-11061.

trebala bi biti objašnjena potpunim popisom okolnosti koje su jasno definirane da jesu izvanredne.

S obzirom na njihovu prirodu, smatramo da potpuna (precizna) definicija izvanrednih okolnosti nije moguća. S druge strane, s obzirom na činjenicu da se radi o pretpostavci za oslobođenje od odgovornosti prijevoznika u slučaju otkazanog leta te (kako ćemo vidjeti u daljnjem tekstu) i u slučaju odgode/kašnjenja, smatramo da izvanredne okolnosti ipak moraju biti detaljnije opisane nego što je to bio slučaj do sada.

## **4. IZVANREDNE OKOLNOSTI U PRAKSI SUDA EUROPSKE UNIJE**

### **4.1. Uvod**

Iako je ubrzo nakon njezinog stupanja na snagu Komisija postala svjesna nedostataka Uredbe 261/2004, odlučila je ne mijenjati Uredbu. Komisija je očekivala da će se, prvenstveno putem odluka i tumačenja Suda Europske unije, razjasniti određena područja.<sup>31</sup> Ali, u sljedećih nekoliko godina postalo je jasno da su odluke Suda Europske unije umjesto razjašnjenja dodatno zakomplicirale primjenu Uredbe 261/2004.

Tzv. „sive zone“ u Uredbi 261/2004 dovele su do toga da su neki prijevoznici izbjegavali plaćanje odštete, te da su samo oni putnici koji su bili dobro informirani – ne samo o odredbama Uredbe 261/2004, već prvenstveno o praksi Suda Europske unije u tom području – ostvarivali svoja prava. Takvi su prijevoznici svjesni toga i na to se oslanjaju, očekujući da veći dio putnika ipak neće pokrenuti sudski postupak, budući da se radi o nekoliko stotina eura odštete. Prema još uvijek važećim pravilima, prijevoznici se mogu pozvati na izvanredne okolnosti bez davanja detaljnijih obrazloženja, i do pokretanja sudskog postupka u pravilu ne moraju podastrijeti nikakve podatke, budući da je većina informacija u području zračnog prometa povjerljive prirode. Stoga je putnicima teško procijeniti koje su im šanse u sporu. Kada bi se jasnije moglo procijeniti koje su to okolnosti koje (ne) oslobađaju prijevoznika od obveze plaćanja odštete, tada bi i putnicima bilo lakše odlučiti na ostvarivanje svojih prava.

Neodređenost pojma izvanrednih okolnosti u Uredbi 261/2004, te nedosljedna sudska praksa koja je uslijedila, nije išla na ruku ne samo putnicima, već ni prijevoznicima. Najviše dvojbi i problema u tumačenju izazvali su slučajevi u

---

31 O stavu Komisije vidi: Communicaton from the Commission to the European Parliament and the Council pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 261/2004 on the operation and the results of this Regulation establishing common rules on compensation and assistance to passangers int he event of denied boarding and of cancellation of long delay of flights, COM(2007) 168 final, <http://eur-lex.europa.eu> (mrežna stranica posjećena: 20. studenoga 2013.).

kojima su prijevoznici tehnički problem na zrakoplovu smatrali izvanrednom okolnošću i time tražili izuzeće od odgovornosti. U daljnjem tekstu dat ćemo prikaz nekoliko najpoznatijih slučajeva, u kojima je vidljivo kako su u praksi poimane izvanredne okolnosti.

#### 4.2. *Predmet Sturgeon*

Predmet *Sturgeon*<sup>32</sup> izazvao je brojne dvojbe, budući da je Sud Europske unije zaključio da se pravo na odštetu regulirano člankom 7. Uredbe 261/2004 primjenjuje ne samo kod otkazanog leta (članak 5. Uredbe) već i u slučaju kašnjenja leta (članak 6.), osim ako su postojale izvanredne okolnosti.<sup>33,34</sup>

U prethodnom tekstu navedeno je da Uredba 261/2004 određena prava putnicima dodjeljuje samo u slučaju kašnjenja leta u polasku, i ta se prava pod određenim uvjetima svode na pomoć putnicima i vraćanje iznosa novca za kupljenu zrakoplovnu kartu. U daljnjem tekstu vidjet ćemo kako je Sud Europske unije u predmetu *Sturgeon* uveo pravo putnika na odštetu sukladno članku 7. Uredbe 261/2004 i u slučajevima kada putnik na krajnju destinaciju stigne s određenim zakašnjenjem, dakle izjednačio je prava koja putnici imaju u slučaju otkazanog leta i u slučaju kašnjenja leta u dolasku. S obzirom na to da je Sud Europske unije izvanredne okolnosti tumačio vrlo usko, time je značajno proširen broj situacija u kojima prijevoznik praktično obvezan na plaćanje odštete.<sup>35</sup>

32 Joined Cases C-402/07 and C-432/07 Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon and Alana Sturgeon v Condor Flugdienst GmbH and Stefan Böck and Cornelia Lepuschitz v Air France SA, ECR [2009] I-10923.

33 Prema prijedlogu Komisije (toč. 11. preambule): „Uredba 261/2004 trebala bi izričito uvesti pravo na odštetu za putnike koji trpe duga kašnjenja, u skladu s presudom Europskog suda pravde u Zajedničkim predmetima C-402/07 i C-432/07 (*Sturgeon*). U isto vrijeme, vremenska granica iznad koje kašnjenja omogućuju ostvarivanja prava na odštetu trebala bi se povećati uzimajući u obzir financijski utjecaj na sektor i kako bi se kao posljedicu izbjeglo povećanje učestalosti otkazivanja. Kako bi se osiguralo da građani koji putuju unutar EU-a dobiju jednake uvjete za odštetu, granica bi trebala biti jednaka za sva putovanja unutar Unije, ali bi trebala ovisiti o duljini putovanja u treće zemlje i iz njih da bi se u obzir uzele operativne teškoće na koje nailaze zračni prijevoznici kada se suočavaju s kašnjenjima u udaljenim zračnim lukama.“

34 Prema prijedlogu Parlamenta (amandman 15.): „Uredba 261/2004 trebala bi izričito uvesti pravo na odštetu za putnike koji trpe duga kašnjenja, u skladu s presudom Europskog suda pravde u Zajedničkim predmetima C-402/07 i C-432/07 (*Sturgeon*) i načelo jednakog postupanja, kojim se zahtijeva da se ne postupa različito u usporedivim situacijama. Vremenska granica iznad koje kašnjenja omogućuju ostvarivanja prava na odštetu trebala bi se povećati između ostalog uzimajući u obzir financijski utjecaj na sektor. Rezultat toga trebao bi biti da građani koji putuju unutar EU-a dobiju jednake uvjete za odštetu. U isto vrijeme, određene granice trebale bi se povisiti ovisno o duljini putovanja u treće zemlje i iz njih da bi se u obzir uzele operativne teškoće na koje nailaze zračni prijevoznici kada se suočavaju s kašnjenjima u udaljenim zračnim lukama. U pogledu iznosa naknade, isti bi iznos uvijek trebalo primijeniti za sve letove iste udaljenosti.“

35 Vidi: Van Dam, Cees, *Air Passenger Rights after Sturgeon*, *Air & Space Law*, Kluwer Law International BV, Vol. 36., Issue 4/5, 2011., str. 259. – 274.

U ovom slučaju tužitelji su pred nacionalnim sudovima od Condor -a i Air France -a tražili naknadu temeljem članka 7. Uredbe 261/2004, budući da su stigli na svoja odredišta 25, odnosno 22 sata kasnije nego li što je bilo predviđeno planom leta. Condor i Air France tvrdili su da tužitelji nemaju pravo na naknadu jer let nije bio otkazan već samo u kašnjenju, a Uredba 261/2004 ne propisuje pravo na naknadu u tom slučaju. Nadalje, do kašnjenja je došlo zbog tehničkih problema na zrakoplovu koji, prema stajalištu prijevoznika, spadaju u izvanredne okolnosti sukladno Uredbi 261/2004, te su oni i u tom slučaju oslobođeni obveze da naknade troškove.

Nakon postupaka pred nacionalnim sudovima, Sudu Europske unije upućena su sljedeća pitanja:

1. Može li se kašnjenje leta smatrati otkazanim letom u smislu članka 2(1) i članka 5. Uredbe 261/2004, ako je kašnjenje dugo?

2. Mogu li se članci 5., 6. i 7. Uredbe 261/2004 tumačiti na način da oni putnici čiji je let u kašnjenju, imaju pravo na kompenzaciju iz članka 7. kao i putnici čiji je let otkazan?

3. Je li tehnički problem na zrakoplovu „pokriven“ pojmom izvanrednih okolnosti u smislu članka 5(3) Uredbe 261/2004?

Sud Europske unije presudio je na sljedeći način:

1. Članci 2(1), 5 i 6 Uredbe 261/2004 moraju se tumačiti tako da se let koji je u kašnjenju, bez obzira na duljinu kašnjenja, ne može smatrati otkazanim ako je let obavljen u skladu s originalnim planom prijevoznika.

2. Članci 5., 6. i 7. Uredbe 261/2004 moraju se tumačiti tako da se putnici čiji je let u kašnjenju moraju – u smislu prava na odštetu – tretirati kao putnici čiji je let otkazan, te da se stoga mogu osloniti na odredbe članka 7. Uredbe 261/2004 ako je kašnjenje dulje od 3 sata, to jest ukoliko zbog kašnjenja stignu na odredište 3 sata kasnije nego li što je bilo planirano. Takvo kašnjenje međutim putniku ne daje pravo na naknadu troška, ako prijevoznik dokaže da je do njega došlo zbog izvanrednih okolnosti koje se nisu mogle izbjeći čak i kada su se poduzele sve razumne mjere, to jest zbog okolnosti koje su izvan kontrole prijevoznika.

3. Članak 5(3) Uredbe 261/2004 mora se tumačiti na način da se tehnički problem na zrakoplovu koji je doveo do otkazivanja ili kašnjenja leta ne može smatrati izvanrednom okolnosti u smislu te odredbe, osim ako je do problema došlo zbog uzroka koji, prema svom nastanku, nisu svojstveni normalnom obavljanju aktivnosti konkretnog zračnog prijevoznika i koji su izvan njegove kontrole.

Dakle, u ovom predmetu, Sud Europske unije učinio je dvije stvari: izjednačio je pravo na odštetu kod otkaza i kašnjenja leta i proširio je koncept kašnjenja leta. Pravo na odštetu u slučaju kašnjenja leta nije propisano Uredbom 261/2004, a obrazloženje suda bilo je da je potreban jednak tretman putnika u istim uvjetima, te da oni čiji let kasni dulje od 3 sata trpe iste posljedice, tj. u istoj su situaciji kao i oni čiji je let otkazan.

Ova se presuda najčešće i spominje u ovom kontekstu (proširenje obveze prijevoznika na plaćanje odštete i kod kašnjenja leta), ali je njezina važnost u tome

što je sud dao okvire za određivanje izvanrednih okolnosti. Sud Europske unije zauzeo je načelni stav da tehnički problem ne može biti temelj za oslobođenje odgovornosti prijevoznika, tj. da se ne može smatrati izvanrednom okolnosti, osim ako je do problema došlo zbog uzroka koji, prema svom nastanku, nisu svojstveni normalnom obavljanju aktivnosti konkretnog zračnog prijevoznika i koji su izvan njegove kontrole. Daljnje kriterije i daljnje pojašnjenje kakvi bi to bili uzroci Sud Europske unije nije dao, te se to prosuđivalo od slučaja do slučaja, uglavnom vrlo usko.

To je dovelo do toga da je u prijedlogu izmjena Uredbe 261/2004 navedena lista okolnosti (koja nije konačna) koje se mogu i okolnosti koje se ne mogu svrstati pod izvanredne okolnosti. Činjenica je da je niz situacija, za koji je sada navedeno da se smatraju izvanrednim okolnostima, godinama bio tumačen suprotno.

Dakle, u predmetu *Sturgeon* sud je dopustio da, pod određenim uvjetima – tehnički problem na zrakoplovu može spadati pod izvanrednu okolnost, ali je presuda postala polazište za kasnija shvaćanja po kojima to uglavnom nije tako.

Proširenje zaštite određenih kategorija oštećenika u praksi suda nije novina, i takav stav pozdravljamo, međutim u ovom slučaju (i općenito u ovom području) to je naišlo na nerazumijevanje struke iz sljedećih razloga:

- Sud Europske unije proširio je polje primjene Uredbe 261/2004, ne uzimajući u obzir ravnotežu između interesa putnika i interesa prijevoznika, i to tako da je putnicima dao pravo na odštetu i kod kašnjenja leta;
- nadalje, Sud Europske unije proširio je pojam kašnjenja leta: pod pojmom kašnjenje više se ne podrazumijeva samo kašnjenje u polasku već i kašnjenje u dolasku, što do tada nije bilo uobičajeno poimanje kašnjenja u zračnom prometu;<sup>36</sup>
- u posljednjoj etapi pregovora o tekstu Uredbe 261/2004 dogovoreno je da će kašnjenje leta u kontekstu izvanrednih okolnosti biti brisano. Međutim, u točki 15. preambule Uredbe 261/2004 to nije učinjeno, te postoji stajalište da je sud proširio polje primjene Uredbe 261/2004 temeljem nečega što je zapravo bila pogreška kod uređivanja konačnog teksta, što je još više dovelo u pitanje ovu presudu;<sup>37</sup>
- postavilo se pitanje komplementarnosti takvog tumačenja s odredbama Montrealske konvencije.<sup>38</sup>

36 Vidi tako: Lawson, Robert, Marland, Tim, *The Montreal Convention 1999 and the Decisions of the ECJ in the Cases of IATA and Sturgeon – in Harmony or Discord?*, *Air & Space Law*, Vol. 36., Kluwer Law International BV, Issue 2., 2011., str. 99. – 108.

37 Kinga, Arnold, *EU Air Passenger Rights: Assessment of the Proposal of the European Commission for the Amendment of Regulation (EC) 216/2004 and of Regulation (EC) 2027/97*, *Air & Space Law*, Kluwer Law International BV, Vol. 38., Issue 6., 2013., str. 404.

38 Lawson, Robert, Marland, Tim, op. cit. u bilj 36.; Kinga, Arnold, Mendes de Leon, Pablo, *Regulation (EC) 261/2004 in the Light of the Recent Decisions of the European Court of Justice: Time for a Change?!*, *Air & Space Law*, Kluwer Law International BV, Vol. 35., Issue. 2., 2010., str. 91. – 112.

Problem gore navedenog bio je taj da se smatralo da je zaštita prava putnika proširivana na način koji nije bio u potpunosti pravno utemeljen.

### 4.3. *Predmet Wallentin-Hermann*

Predmet *Wallentin-Hermann*<sup>39</sup> navodimo budući da je njime širina poimanja izvanrednih okolnosti na koje se prijevoznici mogu pozvati kao na obranu u slučaju otkazivanja leta, dalje sužena.<sup>40</sup> Zauzet je stav da se prijevoznik ne može pozvati na tehničke probleme koji su postali poznati tijekom održavanja/pregleda zrakoplova osim ako je taj problem proizašao iz okolnosti koje, prema izvoru nastanka, nisu svojstvene obavljanju normalnih aktivnosti zračnog prijevoznika i nalaze se izvan njegove kontrole.

Detalji slučaja su sljedeći: 28. lipnja 2005. u 06:45 sati zrakoplov prijevoznika Alitalia trebao je poletjeti iz Beča (Austrija) preko Rima (Italija) za Brindisi (Italija). Očekivano vrijeme dolaska bilo je 10:35 sati istog dana. Međutim pet minuta prije polijetanja putnici su obaviješteni da je let otkazan i prebačeni na let za Rim zrakoplovom prijevoznika Austrian Airlines. Putnici su stigli u Rim sa zakašnjenjem, te nisu stigli na ugovoreni let za Brindisi. Na konačno odredište stigli su u 14:45 sati istoga dana, dakle s nešto manje od 4 sata zakašnjenja.

Otkazivanje leta prouzročeno je zbog složenog kvara u turbini, koji je otkriven dan ranije tijekom pregleda. Prijevoznik je bio informiran o tome u noći prije ugovorenog polijetanja, u 01:00 sati. Popravak zrakoplova bio je složen i dovršen je tek 8. srpnja 2005.

Putnici su tražili odštetu zbog otkazivanja leta, a Sud Europske unije zaključio je da baviti se zračnim prijevozom podrazumijeva uzeti u obzir rizik od nezgoda te se stoga tehnički kvar ne može smatrati izvanrednom okolnosti u smislu Uredbe 261/2004. Takvo je stajalište utjecalo na mnoge daljnje presude nacionalnih sudova.<sup>41</sup>

Dakle, za procjenu pitanja je li kod otkazivanja leta prijevoznik dužan platiti odštetu u skladu s člankom 7. Uredbe 261/2004, potrebno je utvrditi je li otkazivanje leta rezultat izvanrednih okolnosti koje se nisu mogle izbjeći čak i kada su se poduzele sve razumne mjere (članak 5(3), a u vezi s točkom 14. preambule Uredbe 261/2004).

39 Cit. u bilj. 30.

40 Szakal, Arpad, *Compensation for Flight Delays: the English County Court's Approach to Regulation 261/2004*, *The Aviation & Space Journal*, Year XII, No. 3., 2013., str. 14. - 18. [http://www.ingfo.unibo.it/servizi/rivista/The\\_Aviation\\_Space\\_Journal\\_no.3\\_2012.pdf](http://www.ingfo.unibo.it/servizi/rivista/The_Aviation_Space_Journal_no.3_2012.pdf) (datum objave: 7. studeni 2012.).

41 Neki autori (Croon, Jochem, *Placing Wallentin – Hermann in Line with Continuing Airworthiness*, *Air & Space Law*, Kluwer Law International BV, Vol. 36, Issue 1., 2011., str. 1. – 6.) navode da su sudovi u Nizozemskoj te nizozemski NEB (*National Enforcement Body*) nakon donošenja ove presude u svim svojim odlukama sve tehničke nedostatke tretirali kao nešto redovito, dakle nešto što se ne može podvesti pod izvanredne okolnosti sukladno Uredbi 261/2004.

Kriterij bi trebalo biti utvrđenje činjenice *je li let otkazan zbog izvanrednih okolnosti koje se nisu mogle izbjeći* čak i kada su se poduzele sve razumne mjere, a *ne je li se otkazivanje leta moglo izbjeći* čak i ako su se poduzele sve razumne mjere.<sup>42</sup>

Bitno je procijeniti koje je mjere prijevoznik mogao poduzeti kako bi se izbjegao nastanak samih izvanrednih okolnosti (vremenski uvjeti, štrajk, kolizija ptica i zrakoplova, udar groma, sudar, tehnički problem i slično).

Ako ovaj test stavimo u kontekst tehničkog problema u predmetu *Wallentin - Hermann*, tada imamo sljedeću situaciju: kada u slučaju kvara sigurna operacija zrakoplova sa stajališta propisa i standarda o plovidbenosti zrakoplova više nije moguća, temeljem članka 5(3) Uredbe 261/2004 treba primijeniti test može li se nastanak toga tehničkog problema smatrati kao *izvanredna okolnost koja se nije mogla izbjeći* čak i ako su poduzete sve razumne mjere. Ukratko, pitanje je: je li zračni prijevoznik mogao izbjeći konkretan tehnički problem, poduzimajući sve „razumne mjere“? Iako je prijevoznik učinio sve da putnici čim prije moguće stignu na odredište,<sup>43</sup> Sud Europske unije svejedno je smatrao da se radi o nečemu što je svojstveno prijevozničkoj djelatnosti, te da prijevoznik nije poduzeo sve razumne mjere da to spriječi.

Treba reći da je prvi put prethodno pitanje o pojmu izvanrednih okolnosti u smislu članka 5(3) Uredbe 261/2004 postavljeno u predmetu *Kramme v. SAS*, ali je slučaj riješen nagodbom te Sud Europske unije nije o njemu odlučivao. Mišljenje glavnog tužitelja bilo je pak da se tehnički problemi zbog kojih zrakoplov mora ostati prizemljen, ne moraju automatski isključiti iz pojma izvanrednih okolnosti.<sup>44</sup>

Predmet *Wallentin-Hermann* bitan je stoga što je Sud Europske unije pokušao u više detalja definirati izraz „izvanredne okolnosti“, kako je naveden u članku 5(3) i u točki 14. preambule Uredbe 261/2004, a kako bi se utvrdilo može li se tehnički nedostatak smatrati izvanrednom okolnošću. Da bi se kvar (tehnički nedostatak) mogao smatrati izvanrednom okolnošću u smislu Uredbe 261/2004, Sud Europske unije smatra da se kumulativno moraju ispuniti sljedeći uvjeti:

- 1) da događaj nije nerazdvojiv od, to jest da nije svojstven normalnoj, uobičajenoj aktivnosti zračnog prijevoznika o kojem se radi, i
- 2) da je događaj izvan kontrole zračnog prijevoznika, vezano uz njegovu prirodu i nastanak.

Vidimo da je sud dalje razradio osnovni standard, ali u ovoj definiciji problem je u značenju termina „biti svojstven“ (engl. „inherent to“). To znači pripadati

42 Ibid.

43 Iznajmio je zrakoplov od druge kompanije, op. a.

44 Glavni tužitelj Sharpstone naveo je da je problem kod članka 5.3. mora li prijevoznik dokazati da je otkazivanje leta nastupilo kao rezultat: 1) okolnosti koje se nisu mogle izbjeći čak i ako su poduzete sve razumne mjere i 2) ako su okolnosti bile izvanredne (točka 31.). Prema AG-u, tehnički problemi zbog kojih zrakoplov mora ostati prizemljen (AOG) ne moraju se automatski isključiti iz pojma izvanrednih okolnosti, *C-396/06 Eivind F. Kramme v SAS Scandinavian Airlines Danmark A/S*, [http:// curia.europa.eu/juris/document/document](http://curia.europa.eu/juris/document/document), (mrežna stranica posjećena: 22. studenoga 2013.).

nečemu (unutarnjoj, pravnoj prirodi nečega) ili biti sastavni dio nečega. U *Wallentin-Hermann* prijevoznik se pozivao na kvar motora koji se uočio tijekom obavljanja redovnog održavanja, a jedan od osnovnih elemenata normalne aktivnosti zračnog prijevoznika jest ispravno i redovno održavanje zrakoplova.

U točki 24. i 25. presude sud navodi da se prijevoznici u obavljanju svoje aktivnosti uobičajeno suočavaju s različitim tehničkim problemima koji neizostavno proizlaze iz operacija zrakoplova, tj. iz obavljanja djelatnosti zračnog prijevoznika. Nadalje, trebalo bi biti uobičajeno da se takve situacije izbjegnu i da se poduzmu mjere predostrožnosti protiv događaja koji bi mogli ugroziti sigurnost leta, dakle da se zrakoplovi podvrgavaju redovitim pregledima koji će biti vrlo detaljni i koji su dio „paketa“, dio standardnog načina poslovanja u zračnom prometu. Rješavanje tehničkog problema koji je nastao zbog propusta u održavanju, mora se gledati kao nešto svojstveno („inherent“) normalnoj aktivnosti zračnog prijevoznika.

Iz toga proizlazi da se tehnički problemi koji su uočeni pri redovitom pregledu zrakoplova ili su nastupili kao posljedica neodržavanja/propusta u održavanju, ne mogu smatrati izvanrednim okolnostima sukladno članku 5(3) Uredbe 261/2004. To je logično budući da je redovno i ispravno održavanje zrakoplova osnovni element („inherent to“) normalnog obavljanja djelatnosti zračnog prijevoznika, a prijevoznik je taj koji je nadležan i odgovoran za održavanje. Putnik ne bi trebao snositi posljedice za tehnički nedostatak koji je otkriven tijekom redovitog održavanja.

*Argumentum a contrario*, tada je isto tako točno da se tehnički nedostatak/kvar koji:

- 1) je uočen u izvan redovitog održavanja, ili
- 2) koji nije rezultat/posljedica neregularnosti u održavanju,

mora promatrati kao nešto što nije svojstveno normalnoj, uobičajenoj aktivnosti zračnog prijevoznika.

Nadalje, iz točke 25. presude proizlazi da se jedino tehnički kvar/nedostatak koji je rezultat nepropisnog održavanja ili tehnički nedostatak koji je uočen tijekom održavanja, može smatrati svojstvenim uobičajenoj aktivnosti zračnog prijevoznika.

Rekli smo već da je važnost ove presude u tome da Sud Europske unije priznaje da se mogu pojaviti i tehnički problemi koji nisu svojstveni normalnom obavljanju aktivnosti zračnog prijevoznika. Nastavno na to, takvi tehnički problemi mogu se kvalificirati kao izvanredne okolnosti koje se nisu mogle izbjeći čak i kada su se poduzele sve razumne mjere. Sud Europske unije čak u točki 26. presude navodi neke primjere takvih okolnosti. Za sve ostale tehničke nedostatke potrebno je procijeniti od slučaja do slučaja radi li se o izvanrednim okolnostima ili ne.<sup>45</sup> U tim slučajevima procjena će se morati temeljiti na sljedećem:

- 1) okolnosti koje su rezultirale tehničkim nedostatkom mogu se smatrati neodvojivim od normalnog obavljanja aktivnosti zračnog prijevoznika,
- 2) je li zračni prijevoznik mogao razumno poduzeti mjere kojima se tehnički nedostatak mogao izbjeći (s obzirom na primjerice stupanj kontrole, te mogućnost utjecaja koji je mogao imati na to)?

<sup>45</sup> Vidi točku 27. presude u predmetu C-549-07 *Wallentin-Hermann v Alitalia*, ECR [2008] I-11061.



Dakle, sukladno gore navedenom, u domeni primjene Uredbe 261/2004 mogli bi se razlikovati sljedeći tehnički nedostaci:<sup>46</sup>

- 1) tehnički nedostatak koji se pojavi tijekom redovitog, osnovnog održavanja;
- 2) tehnički nedostatak koji je rezultat lošeg/nepripravilnog održavanja, a koji se mogao izbjeći da su se poduzele sve razumne mjere;
- 3) tehnički nedostatak unutarnje prirode, nedostatak koji nije posljedica lošeg/nepripravilnog održavanja, koji se najčešće pojavljuju dok je zrakoplov u funkciji, npr. zatajenje kočnica, kompjuterskog sustava i sl.;
- 4) tehnički nedostatak kao rezultat vanjskog uzroka, npr. kolizija ptica i zrakoplova, udar groma, nezgoda, tzv. FOD (prema engl. „foreign object damage“).

Nedostaci navedeni pod točkom 1. i 2. ne bi se mogli smatrati izvanrednim okolnostima. nedostaci navedeni pod 3. i 4. mogu se svrstati pod izvanredne okolnosti, ali samo ako se utvrdi da se nisu mogli spriječiti čak i kada su se poduzele sve razumne mjere. Spontani kvar dijelova/uređaja usprkos ispravnom i redovitom održavanju, udar groma, nesreća/kolizija... su primjeri koji ne čine temeljni element obavljanja normalne aktivnosti zračnog prijevoznika (engl. „are not inherent to“). Naravno da bi svaki zračni prijevoznik htio izbjeći i spriječiti takve događaje, ali je pitanje koliko može utjecati na to.

Iako se u predmetu Wallentin-Hermann radilo o tehničkom nedostatku koji je prouzročio, tzv. FOD, a koji je otkriven na prvom sljedećem pregledu zrakoplova, Sud Europske unije uvažio je obranu temeljem izvanrednih okolnosti. Ali to je ipak otvorilo vrata shvaćanju da svaki tehnički nedostatak ne mora nužno biti krivnja prijevoznika, to jest da se može smatrati izvanrednom okolnosti. Vidjet ćemo u daljnjem tekstu da su se na to kasnije, u određenom broju slučajeva, pozvali i neki nacionalni sudovi.

#### **4.4. Predmet Eglitis<sup>47</sup>**

Činjenice slučaja su sljedeće: na dan leta, 14. srpnja 2006. godine prijevoznik Air Baltic Corporation AS otkazao je let BT 140 iz Kopenhagena u Rigu budući da je nestanak električne energije prouzročio privremeno zatvaranje švedskog zračnog prostora i onemogućio funkcioniranje radara i pružanje usluga u zračnoj plovidbi. Zrakoplov je trebao poletjeti u 20:35, a švedski zračni prostor zatvoren je u 20:30. Tužitelji su podnijeli zahtjev za odštetu, a prijevoznik je iznio argument izvanrednih okolnosti. Tužitelji su međutim tvrdili da let nije bio otkazan zbog zatvaranja zračnog prostora, već zbog činjenice da je, kada je zračni prostor ponovno otvoren, posadi zrakoplova isteklo radno vrijeme. Prema njihovom mišljenju, prijevoznik je trebao uzeti u obzir mogućnost nastupanja ovakvih okolnosti, i poduzeti sve razumne mjere kako bi osigurao redovito odvijanje prometa.

46 Tako ih predlaže Croon, Jochem, op. cit. u bilj. 41., str. 5., a autori se slažu s navedenom klasifikacijom.

47 C-294/10 Andrejs Eglitis and Edvards Ratnieks v Latvijas Republikas Ekonomikas ministrija, ECR [2011] I-03983

Latvijski Vrhovni sud je Sudu Europske unije uputio dva pitanja:

1. Je li zračni prijevoznik, sukladno članku 5(3) Uredbe 261/2004, dužan predvidjeti sve mjere kako bi, u slučaju otkazivanja leta zbog izvanrednih okolnosti, ipak osigurao odvijanje prometa?
2. Ako jest, koje bi bilo minimalno vremensko razdoblje kroz koje bi zračni prijevoznik bio dužan osigurati alternativni let?

Odgovarajući na prvo pitanje, Sud Europske unije zauzeo je sljedeći stav: budući da članak 5(3) Uredbe 261/2004 traži od prijevoznika da poduzme sve razumne mjere kako bi izbjegao nastup izvanrednih okolnosti, prijevoznik bi trebao, u fazi organiziranja leta, uzeti u obzir ne samo izvanredne okolnosti koje bi mogle spriječiti polijetanje zrakoplova, već i *sve ostale rizike koji se mogu pojaviti kao posljedica izvanrednih okolnosti*.<sup>48</sup>

Dakle, čak i ako prijevoznik nije mogao spriječiti nastup izvanrednih okolnosti, kao u ovom slučaju, bit će odgovoran ako nije predvidio sve ostale rizike koji bi se mogli pojaviti zbog izvanrednih okolnosti. Ovakvim tumačenjem prijevozniku se u stvari oduzima mogućnost da se u bilo kojem slučaju izvanrednih okolnosti oslobodi obveze plaćanja odštete.<sup>49</sup>

Odgovarajući na drugo pitanje, Sud Europske unije odlučio je da nije moguće dati smjernice o minimalnom vremenskom razdoblju unutar kojeg bi prijevoznik bio dužan organizirati alternativni let. Tu je obvezu prepustio sudovima država članica, koji o tome moraju odlučiti temeljem okolnosti svakoga pojedinog slučaja.

Smatramo da je u ovom slučaju bilo potrebno postaviti pitanje u kojem je periodu prijevoznik uopće mogao osigurati novu posadu, i na koji način je ona mogla doputovati, kada se, zbog nestanka električne energije i zatvaranja švedskoga zračnog prostora, promet nije mogao normalno odvijati.

Temeljem ove presude, zračni prijevoznik bi se mogao osloboditi obveze na naknadu troška pozivom na izvanredne okolnosti jedino ako dokaže da je unutar određenog vremenskog razdoblja, a za koji je Sud Europske unije rekao da nije moguće dati smjernice, već imao osiguran alternativni let.

#### 4.5. *Predmet Nelson*<sup>50</sup>

U predmetu *Nelson* Sud Europske unije još je jednom potvrdio svoje prethodno stajalište da se odredbe Uredbe 261/2004 tumače na način da putnicima čiji je let u kašnjenju za 3 sata ili više daje identično pravo na odštetu kao i putnicima čiji je let otkazan, osim ako zračni prijevoznik ne dokaže da je let u kašnjenju zbog izvanrednih okolnosti.

48 Vidi točku 27. presude u predmetu *Eglitis* (C-294/10).

49 Vidi: *Case Law Comentary, Flight's cancellation and extraordinary circumstances*, The Aviation & Space Journal, Year X, No. 2., 2011., str. 27. – 29., [http://www.ingfo.unibo.it/servizi/rivista/The\\_Aviation\\_Space\\_Journal\\_n2-2011.pdf](http://www.ingfo.unibo.it/servizi/rivista/The_Aviation_Space_Journal_n2-2011.pdf) (datum objave: 20. srpnja 2011.).

50 *Nelson v. Lufthansa*, C-581/10 / *TUI, British Airways, easyJet, IATA v. CAA*, C-629/10. I ovdje je Sud spojio slučajeve, to jest donio zajedničku odluku. Presuda Suda od 23. listopada 2012. dostupna na: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-581/10>.

Ono što je novo, tj. ono zbog čega je potrebno spomenuti ovaj predmet je to da je Sud Europske unije naveo da je obrana temeljem izvanrednih okolnosti u ovakvim slučajevima dopuštena radi postizanja ravnoteže između prijevoznika i putnika. To je jedan od temelja na kojem bi trebala počivati Uredba 261/2004<sup>51</sup>. Međutim Sud Europske unije do ovog slučaja izbjegavao se izrijekom pozivati na taj interes, već je svoje odluke temeljio isključivo na cilju postizanja što veće zaštite putnika, te zahtjevima zaštite potrošača općenito.<sup>52</sup> U ovom predmetu odlučivano je u vrijeme kada je potreba za izmjenom Uredbe 261/2004 postala očita, tj. kada je postalo jasno da se njeni ciljevi mogu ostvariti ako zaista postoji ravnoteža između jedne i druge strane.<sup>53</sup>

U literaturi nalazimo i primjere kada prvostupanjski nacionalni sudovi donose presudu i prije upućivanja prethodnog pitanja Sudu Europske unije. U daljnjem tekstu navodimo slučaj u kojem je prvostupanjski sud uvažio obranu prijevoznika temeljem izvanrednih okolnosti, ali je presuda kasnije preinačena u korist putnika. Radi se o predmetu *Huzar v Jet2.com Ltd*<sup>54</sup>, a činjenice su sljedeće: zrakoplov na letu broj LS 0810 trebao je poletjeti iz Malage (Španjolska) za Manchester (Velika Britanija) 26. 10. 2011. u 18:25 sati (po lokalnom vremenu), i sletjeti u Manchester u 20:25 sati (po lokalnom vremenu). Let je odgođen zbog kvara na instalacijama ventila za gorivo. Odmah po otkriću, prijevoznik (Jet2.com) je nabavio nove dijelove i poslao inženjera na zračnu luku. Inženjer je instalirao nove dijelove, ali je složenost popravka dovela do kašnjenja leta od 27 sati. Inženjer je morao doletjeti iz Velike Britanije u Malagu, te je dodatno na otklanjanju kvara radio preko 12 sati.

Budući da se prije toga nisu događali slični kvarovi, da je za takav zrakoplov propisan pregled instalacija dva puta godišnje (radi se o vizualnom pregledu kojim se ne bi mogao otkriti kvar žice unutar klupka od 30 do 40 žica), a koji se uredno vršio, sud je utvrdio da kvar nije nastao zbog propusta u održavanju, te da je zrakoplovna kompanija slijedila zahtjeve i upute proizvođača.

U ovom slučaju prvostupanjski sud (County Court of Stockport) je zauzeo stav da su izvanredne okolnosti upravo to: okolnosti koje nisu redovite, uobičajene. Postoje okolnosti koje su izvan kontrole zračnog prijevoznika, nevezano uz njihovu prirodu ili težinu. Sud se u obrazloženju pozivao na točke 25 i 26 presude u predmetu *Wallentin – Hermann*. U ovom slučaju tuženik nije imao prethodnih saznanja o nedostatku, i propisano je obavljao održavanje zrakoplova. Nadalje, kvar je bio takav da ne bi mogao biti otkriven niti da su se instalacije pregledavale svakodnevno, osim da se zrakoplov rastavio na sastavne dijelove. Stoga je sud došao do zaključka da u ovom slučaju tehnički nedostatak može podvesti pod

51 Vidi točku 4. preambule Uredbe 261/2004.

52 Točka 1. preambule Uredbe 261/2004.

53 Vidi tako: Szakal, Arpad, Compensation for Flight Delays: The English County Court's Approach to Regulation 261/2004, *The Aviation & Space Journal*, Year XII, No. 3, 2013., str. 14. – 18., [http://www.ingfo.unibo.it/servizi/rivista/The\\_Aviation\\_Space\\_Journal\\_n.%203\\_2013.pdf](http://www.ingfo.unibo.it/servizi/rivista/The_Aviation_Space_Journal_n.%203_2013.pdf) (datum objave: 5. studeni 2013.).

54 [2014] EWCA Civ 791.

izvanredne okolnosti. Vezano uz razumne mjere koje prijevoznik mora poduzeti, sud je smatrao da je pitanje na koje treba odgovoriti je li kašnjenje leta od 3 sata moglo biti izbjegnuto da su se poduzele razumne mjere. Iako je zračni prijevoznik poduzeo sve razumne mjere kako bi izbjegao kašnjenje leta, zbog složene prirode kvara u ovakvom slučaju let bi uvijek kasnio duže od tri sata, i ništa se nije moglo učiniti da bi se to izbjeglo.

Prvostupanjska presuda međutim je izmijenjena na drugostupanjskom sudu (*Manchester County Court*), a drugostupanjska presuda potvrđena je na žalbenom sudu (*Court of Appeal*).<sup>55</sup>

Ovaj predmet pokazuje da, iako i engleski sudovi izvanredne okolnosti u slučajevima tehničkog nedostatka tumače usko, takva se obrana ipak donekle prihvaća, a to jest kada nedostatak/kvar proizlazi iz događaja kojim prijevoznik ne može upravljati, a koji utječu na sigurnost leta i dovode do nemogućnosti nastavka leta.<sup>56</sup> Ono što zbunjuje jest to da su i prvostupanjski sud i viši sudovi svoju presudu temeljili na istoj presudi Suda Europske unije, na predmetu *Wallentin-Hermann*.

## **5. UMJESTO ZAKLJUČKA – PRIJEDLOG IZMJENA UREDBE 261/2004**

Uredba 261/2004 stupila je na snagu u veljači 2005. godine s ciljem da ojača i pruži jasnija prava putnicima u slučaju značajnijih zakašnjenja, otkazivanja leta i uskraćivanja ukrcaja. Iako smatramo da je Uredba 261/2004 u vrijeme njezinog donošenja predstavljala značajan pomak u zaštiti prava putnika, čitavo vrijeme njezine primjene opravdano se postavljalo pitanje je li ona ostvarila cilj, do koje mjere i s kojim posljedicama. Njezinom primjenom nisu bili zadovoljni ni putnici ni prijevoznici.

Komisija je svo vrijeme primjene bila svjesna nedostataka Uredbe 261/2004, ali je vjerovala da će se to riješiti kroz praksu. Godine 2008. Komisija je donijela i smjernice za primjenu Uredbe 261/2004<sup>57</sup> te redovito održavala sastanke s nadležnim tijelima u državama članicama kako bi se pojasnile i lakše primijenile nejasne odredbe. Kada je postalo očito da na taj način neće biti pomaka, Komisija je (2011. godine) ponovno izvijestila o različitom tumačenju Uredbe 261/2004 koja je bila rezultat sivih zona i praznina u njezinom tekstu.<sup>58</sup> Kao odgovor na to, Europski

55 Detaljnije o tijeku postupka i činjenicama na kojima su sudovi temeljili svoje presude vidi na: <http://www.dlapiper.com/~media/Files/Insights/Publications/2014/06/aviation%20%20extraordinary%20circumstances.pdf> (mrežna stranica posjećena: 20. lipnja 2014.).

56 Szakal, Arpad, op. cit. u bilj. 53., str. 17.

57 Answers to Questions on the Application of Regulation 261/2004, [http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/air/doc/neb/question-answers.pdf-reg.2004\\_261.pdf](http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/air/doc/neb/question-answers.pdf-reg.2004_261.pdf) (mrežna stranica posjećena: 20. studenoga 2013.).

58 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Regulation 261/2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of

parlament je 2012. godine usvojio rezoluciju u kojoj, između ostalog, traži od Komisije da pojasni prava putnika, posebice pojam „izvanredne okolnosti“.<sup>59</sup> Iako je bilo prisutno nezadovoljstvo Uredbom 261/2004 u cijelosti, upravo je ovakvo definiranje (tj. nedefiniranje) izvanrednih okolnosti te njihovo tumačenje Suda Europske unije u praksi izazvalo najviše dvojbi i kritika.

Osnovne kritike upućene i tekstu Uredbe 261/2004 i njezinoj primjeni bile su sljedeće:<sup>60</sup>

- 1) s jedne strane, ne pruža dovoljnu zaštitu pravima putnika;
- 2) s druge strane, sprječava operacije zrakoplova, stvarajući nerazumne i nerazmjerne troškove za prijevoznike;
- 3) narušava najviši prioritet u zračnom prometu: sigurnost. Prijevoznici često u graničnim slučajevima zbog velikih troškova i nesigurnosti u uspješnost eventualne obrane, odluču nastaviti let (primjerice ako je posada već trebala biti zamijenjena, ili ako nije bilo mogućnosti iz određenih razloga napraviti temeljiti pregled zrakoplova osim da to dovede do kašnjenja ili otkazivanja leta.) Osnovno pravo putnika u (zračnom) prometu je biti sigurno prevezeni od polazišta do odredišta, i upravo zbog toga bi ravnoteža prava putnika i zračnih prijevoznika koja se navodi u preambuli Uredbe 261/2004, trebala postojati i u praksi;
- 4) dosljedna primjena Uredbe 261/2004 sudova nije moguća zbog nejasnoće i nedosljednosti pojmova koji se koriste što u konačnici nije dobro ni za prijevoznike ni za putnike. Umjesto jednakog tretmana na koji se Uredba 261/2004 i Sud Europske unije pozivaju, stvara se nejednaki tretman;
- 5) kompatibilnost s međunarodnim pravom, u najmanju ruku, je upitna.

Kako se u prijedlogu Komisije navodi, najveći problem kod prava putnika su razlike u primjeni/provedbi Uredbe 261/2004 u državama članicama, što slabi prava putnika i dovodi do nejednakosti zračnih prijevoznika na zajedničkom tržištu.<sup>61</sup> Prijedlog Komisije nadopunjava Uredbu 261/2004 u nekoliko ključnih područja (primjerice pravo na informiranje u slučaju otkazanog leta/leta u kašnjenju, nove procedure i rokovi vezani uz ostvarivanje prava itd.), ali za potrebe ovog rada osvrnut ćemo se samo na izvanredne okolnosti (članak 2(m) i Prilog) i njihovu usporedbu s tekstom rezolucije Europskog parlamenta, te na proširenje polja primjene članka 7. Uredbe 261/2004 i na slučajeve kašnjenja leta u dolasku na krajnju destinaciju.

---

flights, ([http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0174:FIN:EN:PDF, COM \(2011\) 174 final](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0174:FIN:EN:PDF, COM (2011) 174 final), (mrežnastranica posjećena: 22. studenoga 2013.).

59 European Parliament resolution on the functioning and application of established rights of people travelling by air, 2011/2150(INI), <http://europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2012-99>, (mrežna stranica posjećena: 20. studenoga 2013.).

60 Vidi: Kinga, Arnold, Mendes de Leon, Pablo, op. cit. u bilj. 38., str. 110.

61 „...most of the problems with air passengers rights refer to divergences of application/enforcement of Regulation (EC) NO 261/2004...across Member States weakening passengers' rights and affecting level-playing field between air carriers.“

Izvanredne okolnosti predstavljaju okolnosti koje, po svojoj prirodi i nastanku, nisu prisutne pri normalnom obavljanju djelatnosti zračnog prijevoznika i nalaze se izvan njegove kontrole.<sup>62</sup> Izvanredne okolnosti uključuju okolnosti utvrđene Prilogom 1.<sup>63</sup>:

- i. prirodne nepogode zbog kojih je nemoguće osigurati sigurnost leta;
- ii. tehnički problemi koji nisu prisutni pri normalnom upravljanju zrakoplovom, poput pronalaska nedostatka tijekom leta i koji sprječava normalan nastavak leta; ili skriveni proizvodni nedostatak koji je otkrio proizvođač ili nadležno tijelo i koji ugrožava sigurnost leta. Prema prijedlogu Europskog parlamenta ova bi točka trebala glasiti: „tehnički problemi koji utječu na zrakoplov i koji su izravna posljedica skrivenog proizvodnog nedostatka koji su kao takav priznali proizvođač ili nadležno tijelo, a koji se pojavio tijekom pregleda zrakoplova prije leta ili nakon što je zrakoplov pušten u promet i koji ugrožava sigurnost leta“ i biti dopunjena podtočkom ii.(a): šteta uzrokovana naletom ptica;
- iii. sigurnosni rizici, čin sabotaže ili terorizma zbog kojih let nije siguran. Prema prijedlogu Europskog parlamenta ova bi točka trebala glasiti: „rat, politički nemiri, čin sabotaže ili terorizma koji onemogućavaju sigurno izvršavanje leta“;
- iv. zdravstveni rizici opasni za život ili hitni medicinski slučajevi koji zahtijevaju prekid ili skretanje leta u pitanju. Prema prijedlogu Europskog parlamenta bi ova točka trebala glasiti: „zdravstveni rizici ili hitni medicinski slučajevi koji iziskuju prekid ili skretanje predmetnog leta“;
- v. ograničenja u upravljanju zračnim prometom, zatvaranje zračnog prostora ili zračne luke. Prema prijedlogu Europskog parlamenta; „nepredviđena ograničenja upravljanja zračnim prometom ili nepredviđeno zatvaranje zračnog prostora, uključujući i zatvaranje uzletno-sletnih staza koje nalože vlasti“;
- vi. meteorološki uvjeti koji nisu u skladu sa sigurnošću leta. Prema prijedlogu Europskog parlamenta: „meteorološki uvjeti koji nisu u skladu sa sigurnošću leta ili koji su oštetili zrakoplov u letu ili na pisti nakon puštanja u promet i onemogućili sigurno odvijanje leta“;
- vii. radnički prosvjedi kod stvarnog zračnog prijevoznika ili kod ključnih pružatelja usluga kao što su zračne luke i pružatelji usluga zračne plovidbe. Prema prijedlogu Europskog parlamenta: nepredviđeni radni sporovi kod stvarnog zračnog prijevoznika ili kod ključnih pružatelja usluga kao što su zračne luke i pružatelji usluga zračne plovidbe.

62 Vidi odluku Suda Europske unije u predmetu Wallentin-Hermann (C-549-07).

63 Vidi prijedlog Parlamenta (amandman 45).

U stavku 2. Priloga 1. navode se okolnosti koje se ne mogu smatrati izvanrednima<sup>64</sup>:

1) tehnički problemi prisutni u normalnom radu zrakoplova, poput problema otkrivenog tijekom rutinskog održavanja ili tijekom pregledavanja zrakoplova prije leta ili problema koji nastaje kada se takvo održavanje ili pregled prije leta nisu ispravno izvršili i

2) posada nije na raspolaganju (osim ako su uzrok radni sporovi).

Iako je prijedlog izmjena korak unaprijed u odnosu na sadašnje stanje, svejedno postoje stavovi da je ostavio otvorenim mnoga pitanja.<sup>65</sup> Ipak, smatramo da Prilog daje listu okolnosti koja je korektna, tj. uravnotežena. Iako je definicija izvanrednih okolnosti (članak 2(m)) preuzeta iz predmeta *Wallentin-Hermann* koji je često kritiziran, vidimo da je lista okolnosti (kojima se definicija dalje razrađuje) uvažila veliki broj situacija u kojima bi se prijevoznik mogao pozvati na izvanredne okolnosti, te bi prijevoznici njome trebali biti zadovoljni. S druge strane, navođenjem niza primjera dobiva se slika što se to može smatrati izvanrednom okolnosti, slika koja je puno šira nego što je postojala do sada, te tako putnici puno bolje mogu procijeniti slučajeve u kojima imaju/nemaju pravo na odštetu.

Iz prethodnog teksta vidimo, međutim da je stav Europskog parlamenta drukčiji, a prema njemu «izvanredne okolnosti» znače okolnosti koje su izvan kontrole pri normalnom obavljanju djelatnosti zračnog prijevoznika i na koje se ne odnose obveze pridržavanja odgovarajućih sigurnosnih odredbi. Iz navedenoga je jasno vidljivo kako je područje „izvanrednih okolnosti“ jedno od područja u kojem Parlament nije podržao prijedlog Komisije za jačanje prava putnika u zračnom prijevozu. Dok se Komisija zalaže za „otvorenu“ (nepotpunu) listu okolnosti koje se smatraju izvanrednim okolnostima u svrhu Uredbe, Europski parlament sklon je potpunom popisu okolnosti koje se u svrhu Uredbe smatraju izvanrednim okolnostima.<sup>66</sup>

64 Prema prijedlogu Parlamenta (amandman 168.) navedeni stavak Priloga 1. trebao bi se brisati.

65 Opširnije: Kinga, Arnold, op. cit. 37.; Szakal, Arpad: Conference on the revision of EU Regulation 261/2004, *The Aviation & Space Journal*, Year XII, No. 3., 2013., str. 23. – 25. [http://www.ingfo.unibo.it/servizi/rivista/The\\_Aviation\\_Space\\_Journal\\_no.3\\_2012.pdf](http://www.ingfo.unibo.it/servizi/rivista/The_Aviation_Space_Journal_no.3_2012.pdf) (datum objave: 7. studeni 2013.).

66 „Parlament podržava prijedlog Komisije da se izvanredne okolnosti koje su izvan kontrole zračnih prijevoznika – npr. štrajkovi, oluje, operativni problemi – jasno definiraju kako prijevoznik ne bi bio obvezan isplatiti naknadu. Međutim, kada se radi o tehničkim problemima, dok prijedlog Komisije dopušta izuzetke kada se radi o ograničenom broju tehničkih problema – npr. tehnički kvarovi otkriveni tijekom leta – ako je održavanje ispravno provedeno, Parlament predlaže da tehnički kvarovi gotovo nikad ne budu izuzeci. Parlament uz to predlaže iscrpan popis izvanrednih okolnosti, dok Komisija smatra da iskustvo pokazuje da se događaji koje nitko ne očekuje, poput erupcije vulkana, mogu dogoditi. Predloženi bi popis stoga trebao biti „otvoren“ kako bi se okolnosti koje još nisu predviđene uzele u obzir.“, Europska komisija, Priopćenje za tisak, Glasovanje Europskog parlamenta o pravima putnika u zračnom prijevozu, Bruxelles, 5. veljače 2014., str. 2., [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-119\\_hr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-119_hr.htm) (mrežna stranica posjećena: 7. veljače 2014.).

Iako bi se ovakvo stajalište moglo tumačiti povoljnijim za putnike, smatramo da se sve situacije jednostavno ne mogu predvidjeti i unaprijed opisati. Donošenjem zatvorene, iscrpne liste, stvara se opasnost da se neke situacije nađu izvan svih navedenih kategorija, što može izazvati dodatne rasprave kod primjene Uredbe, situaciju da se u sličnim slučajevima postupa različito, te ponovnu potrebu za izmjenom Uredbe. Smatramo da je umjesto toga bolje imati više primjera, te okvire unutar kojih se mogu smjestiti izvanredne okolnosti, a u procjeni toga što je moguće više uvažavati struku.

Nastavno na navedeno, potrebno je spomenuti još jedan dokument: Smjernice o izvanrednim okolnostima, objavljene na mrežnim stranicama Europske komisije 22. srpnja 2013.<sup>67</sup> čiji su autori NEB-ovi država članica<sup>68</sup>. Ove smjernice nisu formalno obvezujuće, međutim činjenica da su objavljene na službenim stranicama Komisije, te da će se u budućoj procjeni Sud Europske unije oslanjati na procjene NEB-ova oko toga može li se nešto smatrati izvanrednom okolnošću ili ne, govori da će one u primjeni Uredbe 261/2004 naći svoje mjesto.

Sukladno Smjernicama, da bi neki događaj spadao pod izvanredne okolnosti, mora ispunjavati tri kriterija. Mora:

- 1) biti nepredvidljiv,
- 2) biti neizbježan i
- 3) uzrokovati ga vanjski čimbenik.

Bez obzira na to što se daje lista primjera, NEB-ovi moraju u svakom pojedinom slučaju utvrditi jesu li ova tri kriterija ispunjena. Nadalje, prijevoznik, osim što mora dokazati postojanje okolnosti na koje se poziva, mora pojasniti kako su te okolnosti dovele do otkazivanja/kašnjenja leta, te koje je razumne mjere poduzeo da bi spriječio otkazivanje/kašnjenje leta.

Lista je izvanredne okolnosti podijelila u nekoliko kategorija, a svaki se događaj mora vrednovati unutar kategorije na koju se odnosi (primjerice: rat/politička nestabilnost, zatim sabotaza i sl.). Vezano uz okolnosti koje su izazvale najviše prijevora u praksi (tehnički nedostatak), u kategoriji „neočekivani sigurnosni nedostatak“<sup>69</sup> navodi se 9 primjera. Ovdje kao primjer možemo navesti nedostatak naveden u listi pod točkom 19.: šteta nanesena primarnoj ili sekundarnoj strukturi zrakoplova koju je uzrokovala treća osoba na zemlji, prije polijetanja zrakoplova, zbog koje je potrebna trenutna procjena stanja i/ili popravak. To je, primjerice, sudar aerodromskog vozila i zrakoplova. Ako ovaj primjer stavimo u kontekst predmeta *Wallentin-Hermann*, tada uočavamo razlike u poimanju tehničkog nedostatka/kvara kao izvanredne okolnosti u vrijeme donošenja Uredbe 261/2004 i sada.

67 Draft list of extraordinary circumstances following the National Enforcement Bodies (NEB) meeting held on 12 April 2013, <http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/air/doc/neb-extraordinary-circumstances-list.pdf> (mrežna stranica posjećena: 20. studenoga 2013.).

68 NEB - national enforcement body- tijelo nadležno za zračni promet. U Republici Hrvatskoj tu funkciju obavlja Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo, a više o njezinoj djelatnosti i nadležnostima vidi na: [www.ccaa.hr](http://www.ccaa.hr).

69 Prijevod autora. U engleskoj verziji: *unexpected flight safety shortcoming*.



I ovakvo definiranje izvanrednih okolnosti već je kritizirano, ne samo udruga koje štite prava potrošača, već i od onih koji su vezani uz interese prijevoznika,<sup>70</sup> a ni objava Smjernica o izvanrednim okolnostima nije blagonaklono dočekana.<sup>71</sup>

Vezano uz proširenja primjene prava na odštetu temeljem članka 7. Uredbe 261/2004 i na slučajeve kašnjenja leta u dolasku na krajnje odredište, prijedlog Komisije uvažio je stajalište Suda Europske unije izraženo po prvi puta u predmetu *Sturgeon*: sukladno prijedlogu Komisije, članak 6. trebao bi nositi naziv „Dulje kašnjenje“ (engl. *long delay*). Njime su donekle izmijenjena prava putnika u odnosu na duljinu kašnjenja u polasku, a dodan je novi stavak koji putnicima izričito dodjeljuje pravo na odštetu u skladu s člankom 7. kod kašnjenja u dolasku na krajnje odredište.<sup>72</sup> Nadalje, to pravo putnik ima i ako je stvarni prijevoznik izmijenio ugovoreno vrijeme polaska i dolaska što ima za posljedicu kašnjenje u odnosu na ugovoreno vrijeme dolaska, osim ako je prijevoznik o tome izvijestio putnika najmanje petnaest dana prije ugovorenog vremena polaska.

I u prijedlogu Europskog parlamenta navodi se da se kašnjenje računa u odnosu na predviđeno vrijeme dolaska na konačno odredište.<sup>73</sup>

Izmjene Uredbe 261/2004 trebale bi stupiti na snagu početkom 2015. godine, a još ostaje za vidjeti kako će se regulirati izvanredne okolnosti (kao otvorena lista ili pak zatvoreni popis), te kako će sudska praksa po pitanju izvanrednih okolnosti izgledati nakon toga. No, bez obzira na to, te na činjenicu da i dalje postoje određena područja za koja je teško reći jesu li svojstvena aktivnosti zračnog prijevoznika<sup>74</sup> smatramo da će slika ipak biti jasnija, i prijevoznicima i putnicima. Osim što se izmjenama Uredbe 261/2004 nastojao poboljšati mehanizam ostvarenja prava, putnici su sada mnogo bolje informirani o situacijama koje prijevoznika oslobađaju, odnosno ne oslobađaju obveze na odštetu. S druge strane, smatramo da ovakvim definiranjem izvanrednih okolnosti Sud Europske unije više ne može davati različita tumačenja istih situacija.

Smatramo da će Uredba 261/2004 postići svoj cilj onoliko koliko se ostvare:

- postavke navedene u Bijeloj knjizi o prometu Komisije od 28. ožujka 2013.: razvoj ujednačenog tumačenja prava Europske unije o pravima putnika te njihova usklađena i učinkovita provedba, kako bi se osiguralo i polje djelovanja za industriju i europski standard zaštite građana;<sup>75</sup>

70 Vidi: Kinga, Arnold, op. cit. u bilj. 37.

71 Szakal, Arpad, op. cit. u bilj. 65., str. 23. – 25.

72 Vidi prijedlog Komisije, čl. 1. st. 1. toč. 5. i 6.

73 Vidi prijedlog Europskog parlamenta, amandman 79.

74 Uzmimo kao primjer koliziju ptica i zrakoplova. To je jedan od vrlo čestih uzroka oštećenja zrakoplova, vrlo često s posljedicom nemogućnosti nastavka leta, Vidi: Savić, Iva, Pravni aspekti udara ptica u zrakoplove, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 62., No. 4., 2012, str. 1175. – 1210.

75 Roadmap to a Single European Transport A – Towards a competitive and resource efficient transport system COM (2011) 144 final, str. 23., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0144FIN:EN:PDF> (mrežna stranica posjećena: 22. studenoga 2013.).

- te jedan od osnovnih ciljeva koji je Komisija navela u prijedlogu izmjena Uredbe 261/2004: prijedlog Komisije teži k tome da unaprijedi interese putnika u zračnom prometu tako što će osigurati da zračni prijevoznici poštuju visoki stupanj zaštite putnika u zračnom prometu tijekom prekida letova, istovremeno uzimajući u obzir financijske implikacije za sektor zračnog prometa te osiguravajući da zračni prijevoznici posluju prema usklađenim uvjetima na tržištu.

## Summary

### **EXONERATION OF THE AIR CARRIER'S LIABILITY FOR DAMAGE – EXTRAORDINARY CIRCUMSTANCES**

Serious problems and inconveniences faced by passengers in air transport demand to raise their standard of protection to a higher level. A large number of passengers affected by denied boarding, by flight cancellation without notice and by long delays, pointed to the fact that it is necessary to inform the passengers about their rights and about the enforcement of these rights in a clear and unambiguous manner, and that a faster and more efficient compensation system has to be introduced. This motivated the European Union institutions to prepare and adopt the reformed measures with the purpose of changing the existing air passenger's rights legislation. In this article the authors are analyzing the EU Regulation 261/2004, and the Commission's proposal for its amendment forwarded to the European Parliament and the Council in 2013, with the emphasis on „extraordinary circumstances“ as basis for the air carrier's exoneration in the case of flight cancellation. Special attention is given to the practice of the Court of Justice of the European Union in this field. The authors are pointing out that the decision of the Court of Justice instead of clarifying further complicated the implementation of the Regulation, particularly in terms of defining the concept of „extraordinary circumstances“.

***Key words:** Regulation 261/2004, air traffic, extraordinary circumstances, air carrier's liability, cancelation of the flight.*

## Zusammenfassung

### **BESCHRÄNKUNG ODER AUSSCHLUSS DER HAFTUNG DES LUFTFAHRTUNTERNEHMENS FÜR DEN SCHADEN – AUSSERORDENTLICHE UMSTÄNDE**

Ernsthafte Probleme und Peinlichkeiten, denen beförderte Personen im Luftverkehr begegnen, verlangen einen höheren Standard ihres Schutzes. Große Anzahl von Passagieren, welchen der Einstieg in das Flugzeug verweigert wurde, sowie auch von Passagieren, welche durch Flugannullierung ohne vorherige Warnung beschädigt wurden, sowie auch von jenen, betroffen von anderen Aufschüben, weist auf die Tatsache hin, dass es notwendig ist, sowohl die Passagiere über ihre Rechte und die Art der Verwirklichung dieser Rechte zu informieren als auch ein schnelleres und effektiveres System des Schadenersatzes einzuführen.

Das veranlasste die Institutionen der EU zur Vorbereitung und Verabschiedung von „Reformmaßnahmen“ mit dem Ziel der Änderung rechtsgültiger Gesetzgebung im Bereich Luftfahrt. In der Arbeit werden die Verordnung der Europäischen Union Nr. 261/2004 sowie der in 2013 dem Europäischen Parlament und Rat überwiesene Kommissionsvorschlag zu ihrer Änderung analysiert, mit besonderer Betonung auf „außerordentliche Umstände“ als Grund für die Befreiung des Luftfahrtunternehmens von Schadenhaftung bezüglich der Flugannullierung. Besonderen Wert legt man auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in diesem Bereich. Es wird betont, dass die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs die Anwendung der Verordnung, anstatt die Erklärung dafür zu geben, sie erschwert haben, insbesondere bezüglich der Definierung des Konzepts „außerordentliche Umstände“.

**Schlüsselwörter:** *Verordnung 261/2004, Luftverkehr, außerordentliche Umstände, Haftung des Luftfahrtunternehmens, Flugannullierung.*

## Riassunto

### **LIMITAZIONE OD ESCLUSIONE DELLA RESPONSABILITÀ DEL VETTORE AEREO PER DANNI – CIRCOSTANZE STRAORDINARIE**

I seri problemi ed i fastidi che spesso indispongono i viaggiatori che si avvalgono del trasporto aereo fanno emergere la necessità di elevare gli standards di protezione del viaggiatore ad un livello più alto. Il considerevole numero di viaggiatori cui è negato l'imbarco, come pure dei viaggiatori danneggiati dalla cancellazione di un volo senza previo avviso o di quelli il cui volo ha subito un lungo ritardo nella partenza ha condotto alla conclusione che i viaggiatori debbono essere chiaramente ed inequivocabilmente informati dei loro diritti, delle modalità di esercizio di tali diritti, come pure alla conclusione che il sistema di indennizzo debba essere più veloce ed efficace. Un tanto ha spronato le istituzioni dell'Unione europea ad applicare ed accogliere misure "riformatrici" al fine di sostituire la legislazione vigente nell'ambito del trasporto aereo. Gli autori nel presente lavoro analizzano il Regolamento comunitario n. 261/2004, come pure la proposta della Commissione per la modifica dello stesso che è stata presentata al Parlamento ed al Consiglio europei nel 2013, prestando particolare attenzione alle "circostanze straordinarie", quali ragione per l'esonero del vettore aereo dalla responsabilità per i danni cagionati al viaggiatore a causa della cancellazione del volo. Particolare attenzione dedicano poi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea concernente tali questioni. Gli autori osservano altresì come le pronunce

della Corte di Giustizia dell'Unione europea non siano state d'aiuto nella risoluzione del problema, bensì abbiano reso ancora più difficoltosa l'applicazione del Regolamento, in ispecie per quanto riguarda la definizione del concetto di "circostanze straordinarie".

**Parole chiave:** *Regolamento 261/2004, trasporto aereo, circostanze straordinarie, responsabilità del vettore aereo, cancellazione del volo.*

## UVOĐENJE MAĐARSKOGA JEZIKA U SLUŽBENU UPORABU U UGARSKOJ I ULOGA HRVATSKIH NUNCIJA NA POŽUNSKOM SABORU 1843/44. GODINE

Dr. sc. Ladislav Heka, docent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Szegedu  
Mađarska

UDK: 949.713.05  
Ur.: 3. travnja 2014.  
Pr.: 16. listopada 2014.  
Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Do raspada Austro-Ugarske monarhije 1918. godine su u političkom životu Ugarske dominirala dvije teme: narodnosno pitanje, te tzv. austrijsko pitanje. Hrvati su imali važnu ulogu i utjecaj na oba pitanja, a napose glede uvođenja mađarskoga kao uredovnoga jezika u Ugarskoj.*

*U vrijeme nacionalnoga buđenja u Ugarskoj se kao reakcija na nasilno uvođenje njemačkoga jezika i sveopću germanizaciju društvenoga i političkoga života pojavila težnja za uvođenjem mađarskoga jezika u javnu uporabu umjesto „mrtvoga” latinskoga te nametnutoga njemačkoga jezika.*

*Pitanje uvođenja mađarskoga kao uredovnoga jezika pokrenuto je na držav-nome saboru 1790. godine, kada su se tome oduprli hrvatski nunciji. Kako ugarski redovi i staleži nisu mogli ostvariti svoje nakane ukoliko njihove zakonske članke nije sankcionirao kralj, to je jačalo njihovo nezadovoljstvo prema bečkome dvoru koji je, naime, desetljećima odbijao udovoljiti željama Mađara zastupajući gledište da skoro polovina pučanstva Ugarske i Hrvatske (osim Hrvata još i Slovaci, Rumunji, Srbi i Nijemci) ne poznaje mađarski jezik, pa bi njegovo uvođenje u javni život otežavalo uredovanje u zemlji. Želji Mađara su se desetljećima najoštrije suprotstavljali Hrvati, pa su se hrvatsko-ugarski odnosi početkom 1840-ih godina zaoštrili do usijanjanja. Naime, kralj nije uobičavao sancionirati zakonske članke Požunskoga sabora za koje nisu glasovali hrvatski nunciji, budući je Hrvatska od 1102. bila pridružena strana (partes subjectae, partes adnexae), odnosno posestrima kraljevina (socia regna) Ugarskoga kraljevstva.*

*U ovome radu se na temelju saborskih spisa i arhivskih materijala bavimo istraživanjem uloge hrvatskih nuncija na povijesnom Požunskom saboru 1843-44. godine kada su jezične i uopće javnopravne rasprave dostigle vrhunac i uzrokovala razmirice koje su znatnim dijelom utjecale na događaje 1848-49. godine.*

**Ključne riječi:** Požunski sabor, mađarski uredovni jezik, hrvatski nunciji, nacionalno buđenje, saborski dnevnik 1843/44, Metel Ožegović, zakonski članci.

## 1. NAČIN ZASTUPANJA HRVATSKE U POŽUNSKOM SABORU

Nakon Mohačke bitke 1526. su se ujedinila dva sabora (Hrvatsko-dalmatinski i Slavonski) u jedan sabor Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, koji je birao dva nuncija (*oratores, nuncii regni*) u donji (Zastupnički) dom državnoga sabora (njih je u Požun pratio i protonotar kao izvjestitelj), te jednoga poklisara u Dom velikaša.<sup>1</sup> Ova četiri nuncija su činila hrvatsko izaslanstvo, te su zajednički prihvaćali ili odbijali kraljeve prijedloge. U njihovo ime je *prabilježnik* (protonotar) iznosio inicijative i želje Hrvatske. Za razliku od njih svi ostali članovi državnoga sabora pristigli iz Hrvatske govorili su i glasovali isključivo u svoje ime. Među njima su bili ban, zagrebački biskup, prepošt zagrebačkoga kaptola, magnati, veliki župani, podžupani, odnosno nakon 1751. i nunciji Požeške, Virovitičke i Srijemske županije, slobodnih kraljevskih gradova i povlaštenih područja (slobodna općina Turopolje), odnosno gubernator Rijeke. Od 1791. su hrvatski poklisari i u zajedničkim poslovima imali samo osobno pravo glasa, pa ih je mađarska većina u državnom saboru redovno nadglasala.

Zajednički sabor se sastajao svake tri godine, ali se u 17. stoljeću udomaćilo pravilo da se sabor saziva svakih šest godina (prosječno), a u 18. stoljeću je sabor sazivan prosječno svakih 14 godina.<sup>2</sup> Hrvatski sabor je zasjedao uoči sjednica Ugarskoga (državnoga) sabora, a za to vrijeme, odnosno do povratka ablegata nije mogao sudovati.<sup>3</sup> Sabor je birao nuncije za državni sabor, izradio je naputak poklisarima, te im je dao vjerodajnice (*litterae credentiales*). Katkad je pitanja vezana uz naputak nuncijima raspravljala konferencija čiji su članovi bili ban, odnosno magnati i prelati. Nunciji su prilikom dolaska na sjednicu državnoga sabora trebali predati vjerodajnice predsjedniku doma, a nakon toga su s ostalim sabornicima pribivali svetoj misi. Zatim su posjetili kraljevsku palaču, gdje su se upoznali s vladarovim željama. Poslije toga je sabor započeo s radom. U gornjemu domu (Domu velikaša, Kući velikaša), su za jednim dugačkim stolom palatinu s desne strane sjedili prelati (među kojima i prepošt Zagrebačkoga kaptola), a palatinu s lijeve strane su bila pridržana mjesta banu i drugim zemaljskim barunima (velikodostojnicima), u Hrvatskom saboru izabranom poklisaru, velikim županima i drugim magnatima, riječkom gubernatoru, odnosno naslovnim magnatima. U Zastupničkom domu se na podiju nalazio predsjednički stol (*tabula regia*), za kojim su sjedili predsjednik doma, a odmah uz njega nunciji Hrvatskoga sabora,<sup>4</sup> prisjednici kraljevskoga sudišta, te bilježnici narečenoga sudišta. Predstavnici kaptola, opati i prepošti, odnosno zamjenici odsutnih magnata i prelata, sjedili su za posebnim stolom, zajedno s poklisarima podunavskih županija (dakle onima

1 Zakonski članak 1625:LXI.

2 Zakonski članak 1498:I., 1655:IL. i 1715:XIV.

3 Zakonski članak 1507:XII., 1655:IL. i 1723:XXIX. U Hrvatskoj i Slavoniji su izuzetno mogli suditi podžupani i plemići do 15 dana uoči početka saborskog zasjedanja. Vidi Zaključak Hrvatskog sabora broj 11. iz 1635. Zapisnik Hrvatskog sabora sv. I. str. 58.

4 Zaključak Hrvatskog sabora broj 1. iz 1708. Zapisnik Hrvatskog sabora sv. II. str. 354.

iz zapadne Ugarske), gradova i povlaštenih distrikata. Lijevo od predsjedničkoga stola nalazio se stol za kojim su sjedili predstavnici potisanskih županija, gradova i distrikata (iz istočne Ugarske). Razvidno je iz opisanog saborskog rasporeda sjedenja koji je ostao na snazi do 1843. (uz stanovite nutarnje promjene, u biti do 1848.), da su hrvatski poklisari imali istaknuto mjesto, iz čega proizlazi da ih se donekle smatralo „gostima”, ali ih se u svakom slučaju razlikovalo od zastupnika ugarskih županija. Ova se razlika očitovala i u posebnome pravu hrvatskih nuncija da prvi govore u saborskim raspravama.<sup>5</sup> Isto tako je postojala distinkcija i kod iznošenja pritužaba i zamolbi (*gravamina et postulata*), samo što su iste prvo predstavili Mađari, a zatim ih je kralj prihvatio ili odbio.<sup>6</sup> Nakon toga je protonotar Hrvatskoga kraljevstva pročitao pritužbe i želje svojega kraljevstva, koje je kralj potom prihvatio ili odbio. Hrvatski redovi i staleži nisu imali ovlasti glasovanjem ili na drugi način utjecati na odlučivanje u pitanju ugarskih *gravamina et postulata*, a isto je vrijedilo i obratno. Ugarski redovi nisu mogli nametati rješenja Hrvatima, mimo njihove volje, čak ni u slučaju da je za zakon glasovao hrvatski ban.<sup>7</sup> No, hrvatski nunciji su mogli tražiti da se pojedini ugarski zakoni primjenjuju i u Hrvatskoj.<sup>8</sup> U razdoblju od 1791. do 1848. su hrvatski poklisari imali samo osobno pravo glasa, pa su sukladno načelu majorizacije kralju na potvrđivanje podneseni ono zakoni koje je izglasovala većina.

Hrvatski sabor je za vrijeme trajanja ugarsko-hrvatske državne zajednice zasjedao odvojeno od Ugarskoga te je donosio zaključke i članke koje je prosljeđivao kralju na sankciju. No, početkom 17. stoljeća se u Ugarskoj pojavila tendencija osporavanja zakonske snage odluka Hrvatskoga sabora. Stoga su protonotari Hrvatskoga kraljevstva prikupljali saborske articule i acte te su ih povremeno podnosili kralju na sankciju.<sup>9</sup> Prvi put su saborski zaključci tiskani 1702. godine u zemaljskoj tiskari Pavla Rittera-Vitezovića pod naslovom „*Articuli regni Slavoniae*”. No, niti jedan primjerak toga prvoga izdanja nije sačuvan, nego tek drugo izdanje pod nazivom „*Articuli Slavoniae regni. — Inclytis statibus et ordinibus ejusdem regni nova editione dicati, anno Domini MDCCCV.*”

5 Zapisnik Hrvatskog sabora sv. I. str. 37.

6 Nakon saborskih izbora su pojedini izborni okruzi, kraljevske županije, prečasni kaptoli i slobodni kraljevski gradovi posredstvom svojih izabраниh poklisara podnosili Saboru pritužbe, koje su se do 1848. nazivale „*gravamina*”, pošto je službeni jezik bio latinski. Sabor je raspravljao o podnesenim mu »gravaminama«, a ako bi koju prihvatio kao svoju, onda ju je podnosio zajedničkome Ugarsko-hrvatskome saboru, ili pak izravno kralju. Nakon ukidanja staleških sabora (1848. godine) pritužbe više nisu podnosili samo staleži i redovi, nego i građani, odnosno pučanstvo Vojne krajine.

7 Ivan Beuc: *Državna zajednica Hrvatsko-slavonskog kraljevstva i Mađarskog kraljevstva (1527–1848)* In: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, XX. god. Zagreb, 1970. br. 3–4. str. 263–283. str. 281.

8 Zakonski članak 1659:LXXXVII.

9 Prothocolla regni congregationum III., str. 357–366. U tiskanom izdanju vidi Ivan Kukuljević. *Jura regni Croatiae, Dalmatiae et Slavoniae*, sv. II. str. 84–90.. Vidi još i Joannis Szegedi: *Tripartitum iuris Hungarici Tyrocinium, Zagrabiae sumptibus F. G. Zerauscheg bibliopolaе 1762.*, str. 317.



Na Požunskome saboru održanom 1708. godine mađarski su staleži i redovi iznijeli prijedlog neka kralju bude dopušteno potvrđivanje samo onih hrvatskih prava, statuta i privilegija, koji nisu u suprotnosti s važećim zakonima Ugarskoga kraljevstva (*in quantum positivis regni Hungariae legibus non sunt contraria*).<sup>10</sup> Premda je sabor zbog epidemije kuge raspušten te ovaj zaključak nije sankcioniran, ipak je on iskazao nakanu ugarskih staleža za osporavanjem starijih hrvatskih zakona, koji nisu bili sukladni ugarskima, a naročito vjerskoga zakona koji nije davao protestantima pravo građanstva u Hrvatskoj.<sup>11</sup> Ovaj mađarski pokušaj doveo je do prijedora koji je okončan prihvaćanjem i sankcioniranjem Zakonskog članka 1715:CXX. Njime su priznati svi stariji hrvatski zakoni do 1631. koji su potvrđeni *generice*, bez obzira jesu li u skladu s ugarskim zakonima ili nisu, uz uvjet da ih je kralj sankcionirao.<sup>12</sup> Oni pak zakoni, koje kralj nije potvrdio, a čije sankcioniranje su hrvatski staleži željeli, morali su se predložiti na potvrdu unutar roka od godinu dana. Utvrđeno je da se u buduće mora samomu kralju prepustiti odluka da stanovite nove članke sankcionira ili otkloni njihovo potvrđivanje. Budući je ostavljeni rok bio relativno kratak, stoga su hrvatski staleži odmah prišli poslu kako bi se na kraljevsku potvdu podnijeli članci nastali poslije dekreta kralja Leopolda iz 1681. godine (dakle za vrijeme od 1682. do 1715. godine). Zakonskim člankom 1715:CXX. propisano je da kraljevskoj sankciji podliježu oni saborski zaključci koji se odnose na pitanja iz vladarove jurisdikcije, uključujući i ona koja kralj prakticira u suradnji s redovima i staležima, kao što su primjerice pravo reprezentacije, uloga vrhovnoga vojnoga zapovjednika, izvršna funkcija, imenovanje bana, provedba regalnih prava itd, odnosno pitanja vezana uz sudsku administraciju i sudski postupak.

Dakle, Hrvatska kraljevina je svoje unutarnje poslove i dalje uređivala samostalno. Ivan Beuc drži da bi sabor doista bio sveden na razinu županijske skupštine u slučaju da je kralj sankcionirao narečeni prijedlog Ugarskog sabora.<sup>13</sup> Budući se to nije dogodilo stoga profesor Beuc smatra da Mađari nikako nisu mogli izjednačavati Hrvatski sabor sa županijskom skupštinom „jer tada nunciji Hrvatskog sabora ne bi imali pravo veta na državnom saboru.”<sup>14</sup>

Puno prijedora između Hrvata i Mađara izazivao je Zakonski članak 1715:CXXV. koji je ostavio na snazi Zakonski članak 1687:XXIII., prema kojemu

10 Vidi: Mihály Zsilinszky: *Az 1708-iki pozsonyi országgyűlés történetéhez*. Budapest, 1888.

11 O statusu i pravima protestanata nakon Szatmárskoga mira vidi: István Balogh: *Ráday Pál az 1712-15. évi országgyűlésen. Adalékok a protestánsok helyzetéhez a szatmári béke után*. Ráday Gyűjtemény Évkönyve 3. Budapest, 1983.

12 Usp Zak. članak 1715:CXX. s §. 2. Tripartituma III. dio (i zabilješkama) i Zak člancima 1464:XIII, 1492:I, 1548:XXIX, 1600:XXVII, 1625:LXI, 1635:XLIII, 1649:XXXIII, 1687:XXII, 1723:VII, 1741:XLVI., XLVIII., 1790:XXVI, §. 14. Zak. članka 1848:V., 1868:XXX. Vidi: *Magyar Törvénytar; 1657–1740. évi törvénycikkek*, 1900, str. 531–533.

13 Ivan Beuc: *Državna zajednica Hrvatsko-slavonskog kraljevstva i Mađarskog kraljevstva (1527–1848.)* str. 273.

14 Isto.

protestanti i dalje nisu mogli ostvariti pravo građanstva u Hrvatskoj.<sup>15</sup> Lőrincz Tóth je s tim u svezi zabilježio: „...hrvatski redovi su opetovano požurivali obnovu Zakonskoga članka 1687:XXV. koji je zabranjivao protestantima da kod njih steknu posjede, a što je njima bila mrlja koja onečišćuje njihov ustav. Ovoj njihovoj želji je udovoljeno”.<sup>16</sup>

Na temelju navedenoga vidimo da je Sabor imao poseban krug ovlasti koji se sastojao u sljedećemu:

1. izborna funkcija: izbor kralja, prijedlog kandidata za bana, bansko ustoličenje, potvrđivanje izbora podbana, velikih župana Zagrebačke i Križevačke županije, do 1756. i izbor protonotara, te glavnoga kapetana kraljevstva i rizničara, imenovanje podžupana, plemenitih sudaca te bilježnika Zagrebačke i Varaždinske županije, izbor saborskih nuncija za državni (središnji) sabor, izbor članova delegacije sabora, raznih privremenih tijela i povjerenstava;
2. zakonodavna funkcija;
3. pravosudna funkcija (skrbio se za nesmetano odvijanje suđenja, određivao je sudbene dane, birao prisjednike, nadzirao rad županijskih sudova i njihove ovlasti itd.);
4. funkcije državne uprave (domobranstvo, financije, prosvjeta, bogoštovlje, primanje u plemićki status itd.);
5. upravne funkcije u nadležnosti županija.

Pravo sudjelovanja u radu Hrvatskog sabora imali su predstavnici plemstva, građanstva i Crkve. Ban je svojim banskim pismom osobno pozivao magnate i prelate, dok su županije na svojim skupštinama u sabor birale po dva nuncija i pet počasnih poklisara (*honorarii exmissi*), odnosno ukupno 42 izaslanika. Uz nabrojane su po svojoj funkciji članovi sabora bili protonotar i zemaljski rizničar koje je birao sabor, dok je podbana imenovao ban, često iz redova svojih familijara. Od crkvenih predstavnika osobno su pozivani biskupi, provincijali Isusovačkog i Pavlinskog reda (do 1773. odnosno 1786., kada su ovi redovi nasilno ukinuti), prepošt Zagrebačkoga kaptola koji je poznat po naslovu vranski prior (*vránai perjel*). Osim njih su saboru nazočili i izabrani kanonici i to po jedan iz svakoga od sedam kaptola (zagrebački, đakovački, senjski, riječki, bibrirski, križevački i čazmanski). Redovnike pavline je zastupao gvardijan lepoglavskoga samostana, a isusovce rektor zagrebačkoga kolegija. Od slobodnih kraljevskih gradova su isprva poklisare slali samo Varaždin (slobodnim kraljevskim gradom je postao 1209.), Zagreb (povlasticu slobodnoga kraljevskoga grada dobio je 1242.), Križevci (narečeni privilegij je grad stekao 1252.), te Koprivnica (kraljevski privilegij dobila je 1356), a kasnije su im se pridružili Senj (naslov slobodnog kraljevskoga grada dobio je 1483. od kralja Matijaša Korvina, ali na saboru nije sudjelovao do 17. stoljeća), Karlovac i Požega,

15 *Magyar Törvénytár, 1657–1740. évi törvéncikkek, I. Lipót 1687. évi decretuma*, 351. Usp. Zakonski članak 1715:XXX., 1723:XXXVI, 1741:XLVI, 1790:XXV. (14. §).

16 *Magyar Törvénytár, 1657–1740. évi törvéncikkek, Tóth Lőrincz: Bevezetés. III. Károly uralkodása. A Pragmatica Sanctio*, str. 384.

odnosno od 1809. i Osijek. Konačno, preko svoga su „komesa” zastupljeni bili i plemići plemenite općine turopoljske. Ban Jelačić je 1848. sazvao prvi građanski sabor na kojemu su uz izabrane zastupnike sudjelovali i virilisti.

## **2. MAĐARSKI POKUŠAJI UVOĐENJA MAĐARSKOGA KAO UREDOVNOGA JEZIKA**

Od kraja 18. stoljeća su Mađari na Požunskom saboru istaknuli želju za uvođenjem mađarskoga jezika kao uredovnoga, koja je tijekom godina postala *conditio sine qua* non njihova nacionalnoga identiteta i razvitka. Više je razloga koji su doveli do toga, a ponajprije strah od panslavizma i želja za nacionalnim ujedinjenjem. Na razvoj nacionalne ideje, a napose na očuvanje i unapređenje mađarskoga jezika velik je utjecaj izvršio njemački filozof i evangelički teolog Johann Gottfried Herder (1744.-1803.) koji je u svome povijesno-filozofskom uratku po naslovom *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit* (1784.-1791.) predvidio mogućnost nestanka mađarskoga jezika tvrdeći: „Mađari sada pomiješani sa Slavenima, Nijemcima, Rumunjima i drugim narodima čine manjinu stanovništva države, a za nekoliko stoljeća možda će jedva tko čak i njihov jezik govoriti”.<sup>17</sup> Ova misao koju je Herder izrekao na temelju svojih poznanstava s istaknutim slavenskim intelektualcima, nositeljima ideja panslavizma, a napose s istaknutim njemačkim znanstvenikom Augustom Ludwigom von Schläzerom, u Mađarskoj je postala poznata kao „Herderovo proročanstvo”. Njegova tvrdnja da će se malobrojni Mađari stiješnjeni među slavenske i ine narode ne samo utopiti među Slavene, nego se kroz nekoliko stoljeća ne će sačuvati ni uspomena na njihov jezik, od tada se redovito ponavlja u mađarskim intelektualnim krugovima kao upozorenje, dok nacionalisti Herdera i von Schläzera okrivljuju kao poticatelje panslavizma od kojega pak potiču sve nedaće koje su se u Ugarskoj dogodile u svezi međunacionalnih sukoba. Pritom se obično ističe kako je Herder samo površno bio upoznat s prilikama u Ugarskoj, zanimali su ga uglavnom Slaveni i Nijemci, a svoja je saznanja o stanju u zemljama Krune svetoga Stjepana crpio preko bliskoga prijatelja profesora von Schläzera. Ovaj potonji je bio profesor povijesti u Göttingenu i istraživao povijest Rusije (Rusi ga smatraju i svojim povjesničarem) i Slavena uopće. Ugarsku je okarakterizirao kao višenacionalnu zemlju, pozivajući se na knjigu ostrogonskog nadbiskupa Miklósa Oláha, pod naslovom *Hungária*, objavljenu 1735. godine. Knjiga je kasnije (1763.) objavljena u izdanju Adama Kolará (Kollár), slovačkoga pravnoga povjesničara, znanstvenika, carskoga i kraljevskoga savetnika, ravnatelja Kraljevske knjižnice u Beču. On je Oláhovu knjigu nadopunio brojnim tumačenjima i objašnjenjima, na temelju kojih je von Schläzer, a preko njega i Herder (skoro doslovno preuzimajući Kolarova

17 Johann Gottfried Herder: *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*. R. Löwit, Wiesbaden, 1791. str. 429. Johann Gottfried Herder: *Eszmék az emberiség történetének filozófijáról és más írások*. Budapest, 1978. str. 13-14.

„pojašnjenja”) zaključio da će „nestati mađarski jezik, kako je nestao i kumanski” te da će nestati mađarski narod i utopiti se među slavenske narode.<sup>18</sup> Na temelju iznesenoga je jasnije zašto su se Mađari tako usrdno borili za svoj materinski jezik i njegovo očuvanje, napose u svjetlu Herderova predviđanja, te zašto je u Mađara sve do danas prisutan možda pretjerani strah od panslavizma. Mnogi smatraju kako je Herder, koji je kasnije znatno revidirao svoja ranija stajališta o Mađarima,<sup>19</sup> premda dobronamjeran i nezainteresiran u mađarskim stvarima, ipak postao osobom na koju se pozivala protumađarski raspoložena bečka politika, kada je prikazivala Mađare i njihova nastojanja za nacionalnim oslobođanjem, kao izraz nesigurnosti i osjećaj manje vrijednosti. Ovakve su pak potvore u mađarskom narodu pojačavale nacionalne osjećaje i produbljivale sukobe s nemađarskim narodima, a naročito sa Slavenima. Pritom se krivotvorila povijesna istina, jer je činjenica kako su Mađari nakon doselidbe u svoju današnju domovinu uglavnom živjeli u miru sa svojim slavenskim susjedima. No, potkraj 18. i početkom 19. stoljeća je donekle zaživjela neka vrst „slavenofobije” i straha od Slavena, od kojih se Mađari dijelom ni danas nisu sasvim oslobodili (barem kao stereotipa). Bečka je politika jačanje mađarskoga nacionalizma nastojala otupjeti hrabrenjem slavenskih naroda koji su živjeli u Ugarskoj, a naročito Hrvata, Slovaka i Srba. Time je panslavizam u neku ruku odobren. Nositelji ove ideje u Ugarskoj bili su Slovaci Pavel Jozef Šafárik i Ján Kollár (pisao je pod pseudonimom Čechobratr Protištúrsky).<sup>20</sup> Ovaj pokret iz prve trećine 19. stoljeća bio je jedan vid romantičnoga nacionalizma s ciljem kulturnoga, vjerskoga i političkoga jedinstva svih Slavena u Europi. Polazio je od zamisli da svi Slaveni potječu iz zajedničke domovine Panslavije, da govore jedan jezik, pa se stoga trebaju ujediniti svi slavenski narodi istočne i srednje Europe, na području između Kamčatke i Dubrovnika, Urala i Tatre, te Volge i Save. Tada su slavenski intelektualci počeli proučavati zajedničku povijest i pravnu tradiciju (posebice običajno pravo), a pogledi su im bili uprti u „majčicu Rusiju”.<sup>21</sup> Panslavenske ideje su izvršile značajan utjecaj i na grupu mladih intelektualaca koji su se sa studija iz inozemstva vratili u Zagreb, te su stvorili Ilirski pokret pod vodstvom *Ljudevita Gaja*.<sup>22</sup> Gaj se tijekom studiranja u Pešti (1828.-1829.) upoznao s Jánom Kollárom,

18 Ladislav Heka: *Osam stoljeća hrvatsko-ugarske državne zajednice s posebnim osvrtom na Hrvatsko-ugarsku nagodbu*. Hrvatsko-mađarska kulturna udruga András Dugonics Szeged, Zavod za kulturu vojvođanskih Hrvata Subotica i Hrvatsko akademsko društvo Subotica, Szeged-Subotica, 2011. str. 160-162.

19 Béla Pukánszky: *Herder intelme a magyarsághoz*. Egyet. Philol. Közlöny. Budapest, 1921. 35, str. 83.

20 Za razliku od Pavla Jozefa Šafárika (češki: Pavel Josef Šafařík) Kollár je bio evangelički svećenik, kao što je i Herder bio evangelički filozof i teolog, a i većinu sljedbenika ove ideje o sveslavenskoj uzajamnosti (u Ugarskoj) su činili Slovaci evangeličke vjeroispovijesti. Zanimljivo je napomenuti kako se i danas u Mađarskoj nacionalni identitet ponajviše sačuvao među Slovacima evangeličke vjeroispovijesti, premda su Slovaci većinski katolički narod.

21 László Heka: *A szláv népek joga*. A Pólay Elemér Alapítvány Tansegédletei. Szeged. 2006. str. 23-31.

22 Ljudevit Gaj rođen je 8. srpnja 1809. u Krapini. Njegov otac Johann Gay bio je ljekarnik, doseljenik iz Soprona, a podrijetlom iz Burgundije. Majka mu je bila Julianna Schmidt.

koji je izvršio presudan utjecaj na njega. Oduševljen zamišlju o povezivanju svih Slavena dvadesetjednogodišnji student prava Ljudevit Gaj je u Budimu 1830. godine objavio svoje najznačajnije djelo *Kratka osnova horvatsko-slavenskog pravopisanja*. Ovaj dvojezični (hrvatsko-njemački) pravopis sadržavao je prijedlog grafijske reforme kojom je želio uspostaviti jedinstvo hrvatskoga prostora u grafiji. Po uzoru na već ustrojeni češki pravopis, reformirao je hrvatsku abecedu, tako što je za svaki glas u hrvatskom jeziku rabio po jedan znak u hrvatskom latiničnom pismu. Preuzeo je češke diakritičke znakove (za č, ž, š i dr.), te je slovopisno i pravopisno ujedinio cijeli hrvatski narod. Zanesen panslavizmom mladi Gaj je tijekom studija u Beču, Grazu i Pešti počeo oko sebe okupljati južnoslavensku mladež te je doskora postao središnja osoba hrvatskoga narodnoga preporoda.

Herderovo proročanstvo koje je kao grom pogodilo mađarsku intelektualnu elitu, nije bilo samo turobna najava mogućega nestanka mađarskoga jezika, nego je pokrenula i stvaranje „narodnoga duha” (*Volksgeist*). Najistaknutiji predstavnici mađarske književnosti toga doba: Ferenc Kölcsey, Dániel Berzsenyi, Mihály Vörösmarty, János Arany, Endre Ady, Gyula Illyés Gyula osjetili su potrebu djelovati na polju zaštite nacionalnih interesa i navlastito njegovanja jezika. Naime, potkraj 19. stoljeća je multietnička demografska slika Ugarske pokazala opadanje udjela mađarskoga pučanstva, dijelom zbog velike smrtnosti tijekom protuturskih ratova, a još više zbog kolonizacije nemađarskih naroda u 18. stoljeću. Mađari su sve do 1880-ih godina u Ugarskoj činili 40-44 posto pučanstva (1850. godine 41,5 %; 1880. godine 44,8 %), a tada počinje tendencija porasta broja Mađara, ponajprije asimilacijom nemađarskoga gradskoga žiteljstva, ali i većim prirastom stanovništva, odnosno iseljavanjem manjinskoga pučanstva. Tako su 1900. godine Mađari činili 51,4 %, a 1910. godine 54,4 % sveukupnoga stanovništva Ugarske.<sup>23</sup> Ustrajavanje na ideji narodnoga duha nije se očitovalo samo preko narodnih pjesama, balada i njegovanja jezika, odnosno narodnih običaja i pravne tradicije, nego i ustrojavanjem institucija, kao što su Mađarska akademija znanosti (1825.), Narodno kazalište i Mađarski nacionalni muzej.

Staleži i redovi isprva nisu bili jedinstveni glede uvođenja mađarskoga jezika, jer je Ugarska u 18. stoljeću prvo polatinjena, a zatim ponijemčena. Staleški ustav je stoga zadržavanje latinskoga jezika držao jamstvom protiv uvođenja mađarskoga jezika i drugih „opasnih novina kojima se ugrožava ustavni poredak”.<sup>24</sup> Do 1825. je

---

Doma su govorili njemački. Vođa ilirskoga pokreta je gimnaziju polazio u Karlovcu, studirao je mudroslovlje u Beču i Grazu, te pravo u Pesti, dok je doktorat iz filozofije stekao u Leipzigu 1834. Prve pjesme je napisao na njemačkom jeziku, a 1826. mu je u Karlovcu tiskana knjižica *Die Schlösser bei Krapina*. Tijekom studija se zanio o idejama panslavizma, te je u Grazu osnovao ilirski klub, koji je okupljao hrvatsku, srpsku i slovensku mladež. Vidi: Ladislav Heka: *Zum 125. Todestag von Ljudevit Gaj (1809-1872)*. Pannonisches Jahrbuch – Panonska ljetna knjiga, Wien, 1997. str. 82-83.

23 Ignác Romsics: *Magyarország története a XX. században*. Budapest, 1999. str. 47.; Domokos Kosáry: *Újjáépítés és polgárosodás 1711-1867*. Magyarok Európában III. Budapest, 1990. str. 59.

24 Béla Grünwald: *A régi Magyarország, 1711—1825*. Budapest, 1888. str. 465.

na državnom saboru ovo pitanje razmatrano samo 1790/91., 1792., 1805., 1807/8. i 1811/12. godine, a ozakonjena su tek tri zakonska članka: Zak. članak 1791: XVI. o uređivanju na mađarskome jeziku u javnim poslovima, Zak. članak 1792 :VII. o nastavi na mađarskom jeziku i o njegovom korištenju, odnosno Zak. članak 1805 :IV. o uporabi mađarskoga jezika. Prvi zakon je nastao za vladanja Leopolda II. kao posljedica povratka ustavnosti, drugi i treći zakon su pak „darovi” Franje I. s početka njegova vladanja. Napose je ovaj potonji zakon nastao kao iznuđeni kompromis u trenutku vojnoga slabljenja Habsburške Monarhije. Narečeni je car i kralj narednih 25 godina odbijao ozakoniti nastojanja mađarskih redova i staleža za uvođenjem mađarskoga jezika u službenu uporabu, premda je među gravaminama na državnome saboru ovo pitanje bilo stalnim predmetom.<sup>25</sup>

Požunski sabor od 1832. do 1836. otvorio je kralj Franjo I. na njemu se jasno očitovala želja ugarskih redova za modernim reformama i liberalizmom. Mađari su ustanovili kako država u odnosu na Zapad zaostaje, pa je na poticaj grofa Szechenyija (koji je darovao novac za izgradnju nacionalnoga muzeja, dao je izgraditi stalno kazalište u Pešti, Lančani most u – kasnijoj - Budimpešti, kasina kao okupljališta građanstva te gospodarskih zgrada i objekata), počeo pokret usmjeren na osuvremenjivanje kulturnog, materijalnog i političkog života. Na čelu toga reformnoga pokreta stajao je Franjo Deak iz Zalske županije. Donji dom se izjasnio za ukidanje kmetstva i da puk dobije pravo vlasništva i građanstva. Većinski liberalima sklonom donjem domu priključio se kasnije i konzervativni gornji dom, ali se tom prijedlogu usprotivilo hrvatsko plemstvo. Tako su Hrvati postali zaprekom reformama i postali su jedini branitelji feudalizma. Pritom su imali svesrdnu pomoć kneza Metternicha koji je savjetovao kralja neka ne sankcionira zakone koji idu u prilog jačanju mađarske nacionalne ideje. Hrvati nisu pristali ni na davanje prava građanstva protestantima, pa su ih Mađari sve više doživljavali kao kočnicu na putu prema stvaranju građanskoga, liberalnoga društva. Kada je 1835. umro kralj Franjo I. naslijedio ga je sin Ferdinand V. (1835-1848.) za čijega vladanja su njegovi prvi savjetnici knez Metternich i kraljeva braća nadvojvoda Ludovik i Franjo Karlo kao čelnici „Državne konferencije“ dobili još veće značenje. Na reformskom Požunskom saboru su oba doma usvojila Zakonski članak o uvođenju mađarskoga kao uredovnoga jezika i u Hrvatskoj i Slavoniji uz odgodni rok od deset godina, dok se kao nastavni jezik imao uvesti odmah. Hrvatski su se nunciji opetovano oduprli tome prijedlogu te su se predstavkom obratili bečkome dvoru. Kralj je 28. travnja 1836. uskratio sankcionirati narečeni saborski zaključak. Hrvati su još i prije nego li je stigao kraljev otpis, 9. ožujka 1836. posredstvom svoga nuncija Hermana Bužana svečano izjavili kako se „ne će odroditi od svojih otaca, nego će narodnost svoju sačuvati svim dopuštenim sredstvima, dok njihova municipalna prava temeljem zakonskog članka 120. iz 1715. nikako ne mogu biti predmetom rasprave Ugarskoga sabora, jer on nije vlastan uplitati se u unutarnje poslove hrvatske“.<sup>26</sup> Nuncij Bužan

25 Imre Mikó: *A magyar államnyelv kérdése a magyar országgyűlés előtt 1790-1825*. Minerva Rt. Kolozsvár. 1893. Erdélyi Tudományos Füzetek, Különlenyomat az Erdélyi Múzeum 1943. évi 2. számából, Kolozsvár, 1943.

26 Ferdo Šišić: Pregled povijesti hrvatskoga naroda, Zagreb, 1974., str. 408.

je navlastito istaknuo kako se Hrvati ne bore za mrtvi latinski jezik, nego za svoje pravo, jer naime, oni sebi mogu odrediti službeni jezik koji žele, pa tako i narodni hrvatski jezik. Po završetku ovoga sabora Hrvati i Mađari su se razišli kao dvije strane među kojima se pojavila duboka pukotina, pa i otvoreni jaz. Hrvatski sabor je 5. kolovoza 1836. primio izvješće svojih nuncija te je izrekao zahvalu kralju zato što im je potvrdio municipalna prava.

Na idućem Požunskom saboru 1839. i 1840. godine temelji višestoljetne hrvatsko-ugarske državne zajednice ozbiljno su uzdrmani. Uoči zasjedanja Ugarskog sabora sastao se Hrvatski sabor te je za svoje nuncije izabrao Aleksandra Dominića i Hermana Bužana u donji dom, te Andriju Markovića u gornji dom sabora. U naputku koji im je Sabor dao izrijekom je istaknuto kako imaju zatražiti neka se u kraljev naslov uz Ugarsku, a poslije Češke, uvijek navede i „Dalmacija, Hrvatska i Slavonija“. Na taj se način željelo zamijeniti dotadašnji uobičajeni naziv „pridružene strane (*partes adnexae, kapcsolt reszek*), kako bi se i time ukazalo da su Ugarska i Hrvatska dvije ravnopravne zemlje, odnosno da Hrvatska nije tek dio Ugarske. Naputak je opetovano ponovio obvezu nuncija neka se odupru uvođenju mađarskoga jezika kao uredovnoga, dakle za očuvanje latinskoga, kao i da imaju ustrajati u otporu želju Mađara da u Hrvatskoj pravo građanstva dobiju i protestanti. Instrukcije su sadržavale i iskazivanje želje za sjedinjenjem Dalmacije i Vojne krajine s Hrvatskom i Slavonijom. Ugarski redovi su odmah na početku zasjedanja Požunskog sabora zatražili neka se mađarski jezik uvede ko uredovni i nastavni jezik u Hrvatskoj, ali i u Vojnoj krajini, kao i da se okružnice ugarske vlade izdaju samo na mađarskom jeziku. Nuncij Bužan je 16. srpnja 1839. ponovio kako Hrvati brane svoje pravo da si sami određuju uredovni jezik, pa će možebitno jednom latinski zamijeniti hrvatskim jezikom. Diaeta je ipak usvojila zaključak kako se Hrvatima ostavlja desetogodišnji rok (do 1850.) za početak uredovanja na mađarskom jeziku. Hrvatske i slavonske županije, kao i sam ban Franjo Vlašić zamolili su kralja da se ovaj zaključak ne sankcionira. Ferdinand V. je opetovano udovoljio željama hrvatskih redova. Narečeni prijepori svakako su utjecali na narušavanje hrvatsko-ugarskih odnosa, ali oni nikako nisu bili i jedini razlog razmiricama. Naime, Mađari su se na Požunskom saboru 1839-40. pod vodstvom Ferenc Deáka i njegovih pristaša u donjem domu usvojili zaključke o uvođenju slobode javnosti i govora, prava slobodnog izbora, nezavisnosti sudaca, razdvajanja političkih funkcija kralja i vlade, te uopće o osiguravanju građanskih sloboda. Ove građanske ideje naišle su na potporu dijela oporbenjaka u konzervativnom Domu velikaša (grofovi Lajos Batthyány, József Eötvös, László Teleki), pa je unutar toga doma nastala Napredna stranka. Osim nje s pod vodstvom grofa Aurela Desewffya. Poslije njegove smrti je vođa velikoga tabora konzervativaca predvodio grof György Apponyi, a slobodarsku stranku je u gornjem domu vodio grof Lajos Batthyány uz potporu baruna Józsefa Eötvösa, grofa Lászla Telekija, baruna Gábora Prónaya, grofa Károlya Zaya, baruna Gábora Perényija i grofa Józsefa Pálffyja, dok su srednji put između ova dva tabora zastupali barun Miklós Vay i grof József Telekija. Hrvati su i dalje odbijali sve ideje liberalnoga donjega doma i konzervativnijega gornjega doma, pa su tako bili i protiv

ukidanja kmetstva i otkupa seljaka, podjeljivanja građanskoga prava protestantima, stoga su postali zadnja brana feudalizma. Kralj je ipak sankcionirao zak. članak o oslobođenju seljaka. Zagrebački sabor je 10. kolovoza 1840. svojim Zak. člankom 34. odredio neka se u kr. zagrebačkoj akademiji i u gimnazijama urede „katedre čistoga narodnoga jezika“ s ciljem „da i naš jezik što većma uzgojimo da se tako istakne tip naše narodnosti.“<sup>27</sup>

Kralj je postupno popuštao te je usvajao učestale zahtjeve mađarskih redova, a usto je došlo i do persnalnih promjena na čelnim funkcijama koje su u Beču pripadale Mađarima. Na mjesta protivnika mađarskoga jezika i nacionalnosti stupili su nacionalno svjesni političari. Umjesto kancelara Fidela Pálffyja imenovan je grof Antal Mailáth, za državnoga sudca je umjesto Antala Czirákyja postavljen György Mailáth, dok je za predsjednika donjega doma umjesto Pongrácza Somsicha imenovan kraljev personal István Szerencsy.



Županije nekadašnje Ugarske<sup>28</sup>

### 3. POŽUNSKI SABOR 1843-44.

U razdoblju koje je slijedilo do sazivanja idućega Požuskoga sabora – sabor se sastajao svake tri godine – političke prilike u Hrvatskoj zaoštrene su do te mjere da su se pri restauracijama događali čak i oružani sukobi. Hrvati su se

27 Ibid., str. 411.

28 Izvor: <http://lazarus.elte.hu/hun/maps/1910/vmlista.htm>



naime, podijelili u dvije međusobno oštro suprtostavljene stranke. Kao reakcija na nastanak Ilirske stranke i njezine ideje hrvatskoga i južnoslavenskoga okupljanja nastala je Hrvatsko-vugerska stranka koja se zauzimala za očuvanje čvrste veze i realne unije s Ugarskom. Dok su se ilirci okupljali u čitaonicama, dotle su pristaše ove promađarske stranke u Zagrebu otvorili Casino (Kasino) kao prostor svojega djelovanja. Na čelu ove stranke stajali su braća baruni Levin i Juraj Rauch te turopoljski komeš Antun Daniel Josipović. Zauzimali su se za ukidanje ilirskoga imena i za očuvanje „horvatskoga“, za otklanjanje „vlaške štokavštine“ i novoga pravopisa te ilirskoga jezika, a u korist kajkavskoga narječja kao čistoga hrvatskoga jezika i uopće bili su protiv saveza s drugim južnim Slavenima a za tješnje povezivanje s Ugri. Zauzeli su se i za prihvaćanje mađarskoga jezika kao uredovnoga i nastavnoga jezika u hrvatskim školama. Kako su Ljudevit Gaj i ilirci imali novine u svojim rukama, to su svoj pokret prikazivali kao narodni i općeprihvaćeni, a svoje protivnike kao protunarodne, odnarodene „elemente“. Na njih su naljepili etiketu „mađaromanska stranka“, odnosno „mađaromani“ od čega je nastao naziv „mađaroni“ koji se i danas uglavnom rabi u hrvatskoj historiografiji redovito kao pejorativan naziv za sve Gajeve protivnike. Čak je i Ante Starčević primijetio da su i tome povijesnome razdoblju svi protivnici ilirskoga – južnoslavenskoga pokreta nazivani „mađaronima“. Zagrebačka restauracija od 30. svibnja 1842. okončana je pobjedom Ilirske stranke koju su „mađaroni“ optužili da su izigrali izborna pravilka. Zbog objeda da su ilirci panslavenski i proruski orijentirani kralj je 1842. imenovao bana grofa Franju Hallera sa zadaćom da sredi prilike u Hrvatskoj. Ovaj je dvoru predložio ukidanje ilirskoga nazivlja i znakovlja, čemu je Ferdinand V, udovoljio svojom naredbom iz siječnja 1843. Tako je ilirsko ime zamijenjeno narodnim.

Kralj Ferdinand V. je za 14. svibnja 1843. sazvao Požunski sabor uoči kojega se 22. travnja sastao Hrvatski sabor kako bi izabrao nuncije i dao im naputke kako postupati na državnom saboru. Narečenoga dana su se na Saboru u Zagrebu u velikom broju pojavili Turopoljci, sve odreda pristaše Horvatsko-vugerske stranke. Na to su ilirci proširili Zagrebom vijest kako su se Turopoljci došli osvetiti zbog događaja tijekom restauracije u zagrebačkoj županiji i njima počinjenih nepravdi. Uoči saborskoga zasjedanja ban je primio predstavnike županija iz redova iliraca, koji su ga zamolili neka udalji turopoljske seljačke plemiće, jer će u protivnom oni napustiti Sabor. Tada, naime, još nije bilo ozakonjeno tko ima pravo dolaziti na Hrvatski sabor s pravom glasa. Ban je na to odgodio Sabor, a kada su Turopoljci napustili Zagreb i otišli kućama, onda je grof Haller 24. travnja (dva dana nakon nadnevka određenog za „sjeditbu“) održao saborsko zasjedanje. Tako su Turopoljci na prijevaru isključeni sa sjednice, a ilirci su dobili većinu glasova u sabornici. Unatoč prosvjeda turopoljskog komesa Antuna Josipovića, Sabor je za svoje nuncije u Dom velikaša izabrao Hermana Bužana, a u Zastupnički dom Metela Ožegovića i Karla Klobučarića. U napatku koji su dobili stajale su dotadašnje upute, naime da imaju braniti hrvatska municipalna prava, te da se trebaju služiti isključivo latinskim jezikom. U tome je kontekstu zanimljivo kako je upravo tada 2. svibnja 1843. Ivan

Kukuljević Sakcinski održao u Saboru prvi zastupnički govor na hrvatskom jeziku (umjesto na službenome latinskom jeziku). Tada je zatražio da se narodni jezik uvede u javnu uporabu u Hrvatskoj i Slavoniji kao službeni jezik, ali su sabornici to ocijenili „preuranjenim zahtjevom”.

Na Saboru 1843-44. godine eskalirale su suprotnosti između dvaju naroda. Tada su Mađari već duboko zakoračili prema građanskome društvu, a Hrvati su braneći svoja municipalna prava sveudilj nastojali očuvati i feudalizam pojačavajući time nesuglasice s „bratskim narodom“ postajući brana brojnim reformama. Jednoglasno izabrani zastupnik Zalske županije Ferenc Deák odbio je doduše sudjelovati u radu sabora, ali je ipak preko svoga najbližega suradnika i najaktivnijega zastupnika donjega doma Gábora Klauzála, u biti „vukao konce“. Narečeni Gábor Klauzál iz Szegeda, nuncij Csongrádske županije ne samo što je zamjenjivao Deáka, nego je skoro u svakome pitanju zamolio i mišljenje „mudraca domovine“ (kako do danas nazivaju Deáka). Uz njega je boje Deákove Slobodarske reforme stranke strastveno zastupao ponajprije Ödön Beöthy iz Biharske županije, te nekoliko mlađih nuncija.

Na diaetai je najprije turopoljski komeš Antun Josipović kao virilni član Doma velikaša uložio priziv zato što su hrvatski nunciji „nezakonito izabrani” jer je iz izbora „isključeno plemstvo”. To je učinio stoga što je na prvoj sjednici donjega doma 17. svibnja pri izboru verifikacijskoga odbora glasovao i hrvatski nuncij, a Josipović je tvrdio da zbog protuzakonita izbornoga postupka „Hrvatska nema nuncija“, pa zato on i nije mogao glasovati na Požunskom saboru.<sup>29</sup> Na IV. sjeditbi zemaljskog sabora 24. svibnja s početkom u 12 sati provedena je verifikacija mandata sabornika. Tijekom rasprave se za riječ javio Metel Ožegović i svoje izlaganje je započeo na latinskom jeziku (tekst zapisnika obično izbjegava naziv latinski i umjesto njega rabi naziv dijački jezik iliti „deák nyelv“). Govor hrvatskoga nuncija nazočni redovi i staleži prekinuli su glasnim uzvicima negodovanja : „Na mađarskom!“, a usto se začuo i zveket mačeva. Predsjedavajući kraljev personal (osoba od njegova povjerenja) István Szerencsi Szigethi (Sigetski) je upozorio sabornike: „*Molim Vas mir. Nije dopušteno u sabornici zveketati mačevima. Poslušajmo vevrijednoga nuncija*“.<sup>30</sup> Nakon toga je hrvatski poklisar održao govor u kojemu je istaknuo: „*Pridružene kraljevine koje mi je čast zastupati, drže svetima i nepovredivima sva postojeća prava, pa stoga žele neka i Predsjedništvo sabora zadrži dosadašnje ovlasti...*“<sup>31</sup> Zauzeo se za to da se ne osporavaju vjerodajnice hrvatskih nuncija koje su oni po starodavnom običaju predali Predsjedništvu diaetae. Njegove je riječi potkrjepio i predsjedavajući, a potom se za riječ javio barun Imre Sztojka iz Marmároske županije koji se dotaknuo i Ožegovićeve govora kazujući: „... *Ovdje je netko progovorio na stranom jeziku. Ne znam ni tko*

29 *Az 1843/44-ik évi Magyar Országgyűlési Alsó Tábla Kerületi ülések naplója* (u nastavku: *Kerületi ülések naplója*). Szerk. Kovács Ferenc. I. köt. Franklin Társulat, Budapest, 1894. str. 349-351.

30 Ibid. str. 186.

31 Ibid. str. 186-187.

je to bio, niti znam što je rekao, no sadržaj toga govora sam shvatio iz izlaganja veleštovanoga predsjedavajućega, kao što sam od njega saznao i da je govor održao nuncij iz Hrvatske. Molim veleštovanoga predsjedavajućega neka se izvoli potruditi da ovakove sablazni naše uši ne moraju više slušati jer će u protivnom svatko moći prozboriti na onome jeziku koji se njemu sviđa<sup>32</sup>. Na te je riječi reagirao predsjedavajući ističući kako ne postoji zakonska prepreka da se govori latinski. „... Hrvatski nunciji su i do sada govorili dijačkim jezikom, a pristojnost zahtijeva da one ljude koji su s nama dijelili i dobro i zlo nikako ne udaljujemo od sebe (Glasno odo bravanje). No, isto tako – ono držanje koji oni očekuju od nas -, možemo i mi očekivati od njih, dakle poštovanje s njihove strane. Zato želimo da nam se priključe u pitanju jedinstvenoga jezika.“<sup>33</sup> Personal je pozvao maramarskoga nuncija, kojni je zajedno s njim bio poslanik s najdužim saborskim stažem, neka se prisjeti kako mu nije nepoznat latinski jezik jer su nekada na njemu zajedno usvajali zakonske članke. Isto tako je pozvao neka se hrvatske nuncije ne sprječava u onome što im zakon ne brani. „To će biti pravi put da ih što bolje prigrlimo k sebi, kao sinove naše domovine i braću koja su od vremena Svetoga Ladislava uvijek bila s nama u sreći i nesreći, a od kojih se u buduće možemo nadati da će nam se priključiti u pitanju jezika“ (Živio!)<sup>34</sup>. Odmah nakon ovoga umirujućega govora za riječ se javio Antun Josipović i opet je uzbudio atmosferu u dvorani kazujuć: „Već sam uložio priziv jer su hrvatski nunciji izabrani na nezakoniti način uz potporu Ilirske stranke i zagrebačkoga biskupa, a potiskivanjem Hrvatsko-vugerske stranke. Zbog toga pozivam redove i staleže da sadašnjeposlanike iz Hrvatske ne priznaju nuncijima, a ja ću kasnije tijekom zasjedanja objasniti zašto“<sup>35</sup>. Ovo izlaganje je popraćeno dugotrajnim glasnim odobravanjem, na što je predsjedavajući zatražio mir u sabornici. I njegov poziv da se nazočni umire također je popraćen uzvicima odobravanja. Kraljev personal je istaknuo kako se slušateljstvo neprimjereno ponaša, te je zatražio da se umire i ne dobacuju. Móricz Szentkirályi se u svome govoru osvrnuo na ilirski pokret koji su ugarski redovi doživljavali kao veliku prijatnju za mir ne samo u Hrvatskoj, nego i u cijeloj Ugarskoj. Ugarski poklisari su o Ilirskom pokretu redovito govorili u množini kao jugoslavenskom i panslavenskom te protumađarskom. „Ne želim govoriti o pokretima koje je spomenuo turopoljski grof i koji izazivaju uznemirenost u domovini, jer će o njima biti riječi kasnije. Ne osporavam da su hrvatski nunciji do sada uvijek govorili latinski, kao ni to da im zakoni i običaji to ne zabranjuju, ali progovaram zbog toga što pokreti koje grof spominje ponavljaju kako Ugarska želi nasilno Hrvatima nametnuti mađarski jezik. No, ne govore o tome kako se Hrvati žele nasilno otrgnuti od mađarskoga naroda i tamošnje Mađare kane aimilirati. Hrvatski nunciji su ove optužbe mogli otkloniti tako da su kao prvi korak na putu pomirbe progovorili mađarski. Naš cilj s kojim smo došli na Sabor je postići napredak našega domovinskoga jezika, ali bez

---

32 Ibid. str. 188-189.

33 Ibid., str. 189.

34 Ibid. str. 189-190.

35 Ibid. str. 190.

ikakvoga nametanja. Zato sam razočaran postupkom Hrvata, jer nisam očekivao da će nunciju dati takav naputak. Međutim, ukoliko dom donese odluku da se ima govoriti mađarski, onda će se hrvatski nunciji toj odluci morati povinovati jer ih naputak više ne obvezuje... Zbog narećenoga je jedino pitanje: drži li se gospodin hrvatski nuncij članom ovoga doma. Ukoliko je odgovor potvrđan, onda mora poštivati i njegove zakone. Ukoliko pak nije njegov član, onda nema ni pravo glasovanja. Ovo pitanje se u meni pojavilo na temelju njegova izlaganja...“ – kazao je Szentkirályi<sup>36</sup> Predsjedavajući je držao svojom obvezom uzeti u zaštitu Metela Ožegovića ističući kako Mađari s ljubavlju primaju Hrvate, žale zbog sukoba u Hrvatskoj i nadaju se kako će doći vrijeme kada će hrvatski narod opet osjetiti bliskost prema Mađarima. Kazao je i kako nuncij Ožegović nigdje nije rekao da ne će poštivati odluke doma.

Drugi hrvatski nuncij Karlo Klobučarić je govoreći na latinskom jeziku kazao kako pridružene strane već sedam stoljeća u Ugarskom saboru govore latinskim jezikom, koji je u Hrvatskoj priznat kao diplomatski. Dokazivao je da je Požunski sabor 1805. svojim zakonom (sankcioniranim 1806.) potvrdio Hrvatima pravo na taj jezik, a sukladno Zak. članku 120. iz 1715. godine diaeta ne može to promijeniti. Glede pritužbe komeša Josipovića u svezi izbora nuncija izjavio je „svečani prosvjed u ime Hrvatskoga sabora“. Istaknuo je da se radi o nezadovoljstvu jednoga pojedinca koji bi mogao potaknuti cijelu diaetu da krene u pogrdnom smjeru. U narećenom prijepornom pitanju komeš mora slijediti ustavni put poštujući hrvatska municipalna prava.<sup>37</sup> Poslije njega se za govor javio Adam Mravinec kao predstavnik Zagrebačkoga kaptola. U svome govoru na latinskom jeziku istaknuo je kako odbija objede turopoljskoga grofa jer su se izbori nuncija odvijali na zakonit način: u Saboru, po propisanom postupku i sukladno zakonima i običajima. I sam je nazočio izboru, pa nuncije smatra zakonitim zastupnicima njegove Hrvatske.<sup>38</sup> Lázló Palóczi iz Borsodske županije je zatražio neka mu se predoči zakon koji Hrvatima dopušta da bez vremenskoga ograničenja, dakle trajno, mogu govoriti latinski. Dodao je da Hrvate nitko ne će razumjeti, pa se ni njihove primjedbe ne će uzeti u obzir, a osim toga se zauzeo i da se u dnevnik unese mađarski prijevod njihova govora. Gedeon Raday iz Peštanke županije je kazao: „... Hrvate smo dužni saslušati na latinskom jeziku, ali ne mogu prešutjeti govor na latinskom jeziku predstavnika Zagrebačkoga kaptola, koji u Ugarskoj ima brojne posjede. Ako ne zna mađarski, onda neka kaptol pošalje nekoga tko zna.“<sup>39</sup> István Zakó iz Bačke županije je rekao da bi volio kada bi hrvatski nunciji govorili na mađarskom jeziku koji je diplomatski, ali i zato što bi time dokazali da su neistinite glasine koje govore o slavenskoj propagandi kod njih. Hrvatska bi time pokazala bratsku ljubav prema mađarskom narodu. „Na žalost ovaj govor nuncija ne svjedoči o ljubavi prema narodu čiju ustavnost i građanske slobode uživa. Budući su hrvatski nunciji izrijetkom dobili naputak neka ne govore

36 Ibid. str. 190-192.

37 Ibid. str. 193-194.

38 Ibid. str. 196.

39 Ibid. str. 199.

mađarski, to je razvidno da ova stvar dobija drukčije boje, jer su se Hrvati svrstali na suprotnu stranu od Ugarske. Glede latinskog govora predstavnika Zagrebačkoga kaptola koji ima goleme posjede u Torontalskoj županiji pridružujem se prosvjedu kolege iz Peštanske županija. Obveza je svakoga mađarskoga državljanina poznavati mađarski, pa bi to trebao znati i zastupnik kaptola“ – kazao je poklisar Zakó.<sup>40</sup> László Karácsonyi iz Torontálske županije podupro je stajalište nuncija iz Borsodske, Peštanske i Bačke županije. Posebice se osvrnuo na govor predstavnika Zagrebačkoga kaptola, nazivajući ga „uvredljivim i žalosnim“ jer ga izriče zastupnik kaptola koji ima goleme posjede u Torontalskoj županiji. Zamolio je predsjedavajućega neka osigura mađarski prijevod govora hrvatskih nuncija. Kraljev personal mu je odgovorio da se latinski govori nikada nisu prevodili, a osim toga svi u sabornici poznaju latinski jezik. Sándor Farkas iz Požeške županije kazao je kako nema instrukcije kako postupiti glede prijedloga mađarskih nuncija, pa je dužan izjaviti da ne može prihvatiti prijedlog doma te stoga ostaje kod dosadašnjih običaja sve dotle dok se prijedlog ne uzakonui.<sup>41</sup> Eduárd Zsedényi iz Spiške (Szepes) županije redovno se solidarizirao s hrvatskim nuncijima, pa je tako i ovaj put izjavio: „Tužno mi je gledati ovu grčevitu i gorku borbu koju redovi i staleži vode na početku svakoga Sabora protiv forme u kojoj će govoriti nunciji iz Hrvatske. Tim prije jer to do sada nije polučilo nikakav uspjeh. Iskustvo nam govori kako Hrvatska ne će popustiti našim željama sve dok se u ovome predmetu ne donese zakon. Može biti da je hrvatsko držanje i njihovo udaljavanje od nas posljedica našega ponašanja prema njihovim nuncijima... Naravno, žao mi je što se njihov narod ne želi slnžiti mađarskim jezikom, premda našem narodu mogu zahvaliti i svoj ustavni život. Budući se ne žele povinovati našoj volji, stoga je potrebno donijeti zakon. Predbacivanjima i uzvicima ne ćemo ništa postići, nego ćemo samo napraviti još veću štetu.“<sup>42</sup> Pál Somsich iz Somogyske županije je kazao: „Imam jasan napatuk svoje županije u ovoj stvari, pa mi je dužnost prozboriti... Žao mi je što hrvatski nunciji govore latinski, ali im je napatuk tako sastavljen, a naša nastojanja ne vode cilju. Stoga ne možemo poduzeti ništa drugo do li kazati hrvatskim nuncijima neka vide da će biti sami krivi, ukoliko njihova izlaganja budu tek pusti glasovi u sabornici, bez ikakova učinka, jer ih nitko ne razumije“.<sup>43</sup>

Pitanje vjerodajnica hrvatskih nuncija opet je raspravljano na 7. sjednici donjega doma 30. svibnja 1843. kada je bilježnik Palóczy pročitao izvješće verifikacijskoga odbora. Pod točkom 8. je u izvješću navedeno kako su Karlo Klobučarić i Metel Ožegović predložili predstavku upućenu kraljevom personalu od strane hrvatskih redova iz koje je razvidno da su oni izabrani za nuncije Hrvatske. No, ukazano je i na to da turopoljski zastupnik Antun Josipović uložio svečani priziv sastavljen u Požunu s nadnevkom 26. svibnja 1843. Isti je potom pročitao. U njemu stoji da su „na pokrajinskom saboru 22. travnja zagrebački biskup i veliki

40 Ibid 199-200.

41 Ibid. str. 200-201.

42 Ibid. str. 201.

43 Cijelu diskusiju vidi Dnevnik redova I. svezak (Rendek Naplója I. kötet), str. 11-23.

župan kao vođe Ilirske stranke koja rastače našu domovinu izigrali pravo plemstva na sudjelovanje u Saboru, tako što su nagovorili poštovanoga bana neka odogodi sjeditsu. Nakon što su plemići otišli doma, iliri su požurili bana da 24. travnja održi sjednicu bez nazočnosti plemstva. Na taj su način oni onemogućeni u korištenju svoga prava, a protuzakonito je odgoditi sjednicu bez određivanja dana njezina održavanja. Usto su u izboru nuncija sudjelovali tek malobrojni predstavnici redova i staleža, a protiv njega su glasovali mnogi i uputili su prosvjed i pritužbu zbog toga.<sup>44</sup> Zato traži neka se hrvatske nuncije ne priznaje, on protiv njihova izbora iznosi pritužbu i moli odbor da o tome izvjesti ugarske redove i staleže. U privitku se nalazi: „Originale Nr. 27. de Ao 1465, izdan od strane kralja Matijaša; pritužba turopoljskih plemića sastavljena 24. travnja 1843. i upućena putem bana, a koju su potpisali: grof Aleksandar Drašković, grof Antun Erdődy, grof Vilim Oršić, baruni Juraj i Levin Rauch, Antun Josipović, Karlo Jelačić, Tomo Matačić, i u ime supruge Rikarda Jelačića, rođene barunice Gallenfels, Aleksandar Kovačić, Ferdinand Puc, Maksimilijan Stojanić, Daniel Farkas, te „Terpulec, Tičić, Tomašić, Koočz, Pauleković; sub Nro. 45, de anno 1477. iz razdoblja Matije Corvina; isprave o izboru banova i protonotara iz 1781. i 1800..<sup>45</sup> Turopoljski komeš je najavio predočavanje i drugih dokaza prilikom usmene rasprave o predmetu. Potom se očitovao Metel Ožegović koji je na mađarskom jeziku prosvjedovao pozivajući se na dva načela: jedno se tiče priznavanja verifikacijskih rješidbi, jer se sami ne mogu upuštati u ispitivanje izbornoga procesa, a drugo se tiče principa da se ne može smatrati povrijedom ona žalba koja nije riješena putem dikasterija. Budući da narečena žalba ne pripada ovamo, nju se treba riješiti upravnim putem. Prosvjedovao je protiv uvrijedljivih izraza koji se rabe u pritužbi.

Szentikirályi je kazao kako ovaj slučaj na žalost nije tek izolirani događaj, nego samo potvrđuje pravilo. Dom je izrazio zabrinutost zbog spornoga događaja i uopće stanja u Hrvatskoj. Zaključio je da bi se trebala poslati adresa kralju neka privoli bana na održavanje sabora i rješavanje ove pritužbe.<sup>46</sup>

Na 10. sjeditbi 2. lipnja 1843. opetovano je raspravljano o izvješću verifikacijskoga odbora u svezi izbora nuncija iz Hrvatske. Poklisar Kubinyi iz Nógrádske županije je isključivanje Turopoljaca iz izbornoga procesa protumačio kao akciju Ilirske stranke koja je neprijatelj ne samo mađarskoga naroda, nego i cijele Austrijske monarhije, a sve to je panslavenska promidžba. „U zabludi su oni koji misle da je ilirizam samo reakcija, jer naime, bečki arhivi dobro znaju kako u Hrvatskoj još od zadnjega rata djeluju pokreti, kao što i u Beču postoji oligarhija koja zastupa ilirizam. Oni ne drže do interesa domovine, nego iliraca, pa do vrenja potpiruju mržnju prema Mađarima što pokazuje i napatuk dan hrvatskim nuncijima da smiju govoriti samo dijačkim jezikom! Bolno je što sjeme razdora širi upravo zagrebački kler koji bi bio dužan promicati povezivanje i jedinstvo. Učitelj već u maloj djeci usađuju mržnju protiv našega naroda... No, to je opasno i

44 Az 1843/44-ik évi Magyar Országgyűlési Alsó Tábla Kerületi ülésék naplója, str. 227.

45 Ibid., str. 228.

46 Ibid., str. 229.

za samu Hrvatsku – izjavio je poklisar i pohvalio slavonske županije koje iskazuju poštovanje prema Ugarskoj i ne odbacuju mađarski jezik.

U vjerskome pitanju su poslanici kaptola uglavnom branili hrvatska prava. Poslanik Laky iz Sambotelskog kaptola je diskutirao o vjerskome pitanju i spomenuo da Hrvatska u kojoj postoji samo jedna vjeroispovijest nije dužna prihvatiti drugu konfesiju, tim prije što je to njezino municipalno pravo.<sup>47</sup> Na 17. zasjedanju 12. lipnja 1843. nuncij Fábry iz Csanádskog kaptola je kazao kako bi prisiliti Hrvatsku putem zakona da prizna evangelike značilo unaprijed oslabiti ono povjerenje koje se od Hrvata očekuje, budući da municipalni zakon propisuje jedinstvo vjeroispovijesti u Trojednici. Zato on nije držao mogućim uvođenje protestantske konfesije u Hrvatsku.<sup>48</sup> U nastavku sjednitbe je turopoljski grof Josipović opetovano iznio stajalište kako se nunciji iz Hrvatske ne mogu izjašnjavati u ime Hrvatske o vjerskome pitanju, zato što Hrvatska ovaj put nema nuncija, nego su tu poslanici jedne, Ilirske stranke. Izjavio je da se priznavanju protestanata u Hrvatskoj protive i sprječavaju ga samo Ilirska stranka i zagrebački biskup. Glede pak turopoljskoga plemstva iznio je stajalište da oni žele biti „jedno tijelo i duša s Ugarskom i time kane ujediniti Hrvatsku, kao i da oni kao i da svaki pravi Hrvat srdačno prihvaćaju protestante na svoje grudi.”<sup>49</sup> Poklisar Komlóssy iz Debrecena je izrazio žaljenje što se protestanti istjeruju iz Hrvatske. Zauzeo se za donošenje zakona po kojemu će u svim zemljama krune sv. Stjepana vladati sloboda vjeroispovijedanja. Károly Wurda iz Gyorskog kaptola se u svom dugom govoru dotaknuo i Hrvatske kazujući kako je pitanje je li ustavno javno pravo jače od municipalnoga prava. „Žalosno bi bilo, ako Hrvati vjeruju da bi prihvaćanje protestanata oslabilo katolicizam, jer bi katolička vjera doista stajala na slabijim temeljima ukoliko bi se morali brinuti zbog priznavanja pretestanata (Živio).”<sup>50</sup> Riječ je potom ponovo dobio Metel Ožegović koji je rekao da je neovisno od bilo čega što kaže turopoljski grof, on dužan sukladno svome naputku izgovoriti da se njegovi pošiljatelji i dalje pridržavaju svoga municipalnoga prava, pa si stoga žele očuvati svako pravo odlučivanja u ovoj stvari.<sup>51</sup>

Hrvatsko-ugarski javnopravni prijemor, napose glede pitnja jezika kulminaciju je doživio na VI. zemaljskoj sjednici redova i staleža održanoj 20. lipnja 1843. s početkom u 10 sati. Na dnevnome redu je među inim razmatrano izvješće verifikacijskoga odbora, pritužba slobodne općine turopoljske te prijedlog kraljevske adrese o pritužbama, odnosno prijedlog adrese za pridružene strane. Pritužba turopoljske slobodne općine raspravljena je kao šesta točka dnevnoga reda. Predsjednik Doma kraljev personal István Szerencsy je u svom govoru istaknuo kako je „ovo pitanja od najvećega značenja i interesa ne samo za Hrvatsku, nego i za cijelu domovinu. Ne želim napominjati kako se tijekom naših stoljetnih sveza

47 Ibid., str. 293.

48 Ibid., str. 297.

49 Ibid.

50 Ibid., str. 303.

51 Ibid., str. 305.

sve ono što se tiče Hrvatske, na sličan način odnosi i na nas, napose u ovo vrijeme. Valja priznati da je Hrvatska, kako glede trgovine, tako i u pogledu obrane dio naše domovine koji zaslužuje najveću pozornost, pa među naše najvažnije želje spada ona da tamo vlada mir i zadovoljstvo. Čuo sam o događajima u Hrvatskoj. Premda mi nije poznata službena verzija događaja, a mislim da nikome nije sasvim i do kraja jasno što se doista dogodilo, ali svi znamo za njih. Neka mi bude dopušteno od strane redova i staleža nešto duže izlaganje. (Čujmo). U Hrvatskoj postoje neke stranke koje nose više naziva. Dragi Bože! Koliko ima naziva i koliko stranaka u ovoj našoj jadnoj domovini! Nemojmo im više proširivati broja. Ukoliko nam je ikad bilo potrebno jedinstvo, onda je sada taj trenutak, kako bismo mogli živjeti u miru i napretku. Bez jedinstva ovo naše tijelo nije zdravo, bez toga nije moguć napredak. A što podrazumijevaju pod tim imenima u Hrvatskoj? Jesu li to samo stranački nazivi ili se pod njima žele sakriti neki interesi ili se pak u javnom interesu događa nešto pod tim nazivima? Ne znam. (...) Iz dosadašnjih izlaganja vidim kako postoji frustriranost, odbojnost. Ovamo su došli zastupnici hrvatskih redova i pridružili se ovdje nazočnoj velikoj obitelji svih nuncija iz Ugarske i pridružene im pokrajine. S punim vas pravom i s domoljubnim čuvstvom pozivam: pomirite se ovdje, ukoliko se niste u stanju pomiriti doma. Pomirite se ovdje među srodnicima i braćom. Jer nama je neophodno potreban mir i stabilnost u Hrvatskoj... Glede pritužaba turopoljskih plemića puno je primjedaba:.. Slobodan sam još jednom pozvati ovdje nazočne nuncije iz Hrvatske i sve koji pripadaju Hrvatskoj da se izmire i u cilju općega dobra cijele države neka zaborave sukobe. Naime, tko nema dušu spremnu za pomirbu, tome se ne može pmoći". (Živio).<sup>52</sup>

Nakon ovoga izlaganja pokušao je prozboriti Metel Ožegović, ali na latinskom jeziku, što su nazočni povicima: „Na mađarskom, na mađarskom)” spriječili, te je tom prigodom više županijskih nuncija ustalo. Predsjedavajući je pozvao nuncije na mir i tišinu kazujući: „Ne bih se osvrtao na ove nepristojne uzvike protiv govornika upućene od strane onih koji ovamo ne pripadaju. Međutim, vidio sam kako je ustalo više nuncija koji imaju prvo glasa. Ako su ustali zbog jezika (uzvici brojnih nuncija: „Da, da”), onda moram primijetiti da su redovi i staleži doduše nezadovoljno primili govor hrvatskih nuncija kada su prvi put prozborili na latinskom jeziku, ali su to podnijeli i time je stvar okončana. Premda smo svi željeli da gospoda hrvatski nunciji govore mađarski, to se ipak nije dogodilo, a ne postoji zakon koji bi ih na to obvezao.”<sup>53</sup> Ni nakon intervencije predsjedavajućega novi pokušaj Metela Ožegovića da progovori na latinskom nije urodio plodom, jer su ga mađarski poklisari galamom spriječili u tome. Poslije ovoga se za raspravu prijavio Ōdön Kállay iz županije Csanád koji je rekao: „Budući je ovaj nuncij na sjednici odbora govorio na mađarskom jeziku ovaj dom ne može podnijeti ovakvu nepravdu.”

Predsjedavajući je dometnuo: „Izaslanici najbolje znaju koje su im dužnosti, a još više ih znaju oni koji su ih poslali. Zašto ovo radi hrvatski nuncij, to on zna najbolje. Ali i inače se ovakvo ometanje može dogoditi ne samo na polju jezika,

52 Ibid., str. 349-351.

53 Ibid. str. 351.



nego i drugdje što bi bilo posvema proturječno načelu slobode govora. No, zakon ne brani da se raspravlja na latinskom jeziku. I na prošloj diaetai kao i sada čuli smo više govora na latinskom (deačkom) jeziku, pa stoga pravda i pravednost koji su važniji od svega, zahtijevaju da saslušamo gospodina poklisara". Metel Ožegović je pokušao govoriti na latinskom, ali su ga povici „Na mađarskom", „Na mađarskom" onemogućili u tome. „Molim vas mir. Izvolite biti pravedni. Rekao sam koje su naše želje u ovome pogledu. Međutim, hrvatski nunciji najbolje znaju koje su im obveze. Neka ih redovi i staleži ni u kojem pogledu ne sprječavaju u slobodi govora. Izvolite govoriti" – kazao je predsjedavajući. No, za riječ se u međuvremenu javio Mór Perczel, nuncij iz županije Tolna koji je zatražio da se prvo raspravi ovo pitanje, a tek potom neka govori hrvatski nuncij. Međutim, predsjedavajući je bio nepopustljiv: „Neka izvoli govoriti zaslužni hrvatski nuncij". Metel Ožegović se opetovano oglasio na latinskom jeziku riječima: „Excellentissime domine" na što se sabornicom ponovno zaorilo: „Na mađarskom, na mađarskom".<sup>54</sup> Kako je hrvatski nuncij spriječen govoriti predsjedavajući je sada već vrlo ljutito: „Molim slušateljstvo neka se umiri! Ovo je najveći nered koji se može zamisliti. Nismo naviknuti na ovaj način podignuti glas na materinskom jeziku, ovako nije običaj raspravljati. Ovdje su gospoda nunciji koji će u raspravama iznijeti svoje mišljenje, ali za ovakvo uzvikivanje nema potrebe. Da smo ovim putem pokušali ostvariti pravo na mađarski jezik, onda bismo teško postigli cilj. U promicanju mađarskoga jezika nema potrebe za nasiljem." Mór Perczel, nuncij iz županije Tolna je uzvratilo: „To nije nasilje. Ne dopuštam da gospodin nuncij govori latinski." No, Metel Ožegović je na to još jedno prozborio na latinskom jeziku riječima: „Excellentissime domine", a potom se sabornicom prolomio još veći žamor nego dotad. Predsjedavajući je upozorio nazočne: „Ne ću održati sjednicu u ovakvoj galami. Izjavljujem da ne ću održati sjednicu ukoliko se staleži i redovi ne umire. Budite dostojanstveni i dopustite nuncijima pojedinačnu raspravu. Neka auditorij zašuti. Mladež ili bilo tko drugi tko galami doista ne shvaća dostojanstvo svog a naroda." Gábor Klauzál iz županije Csongrad: „Molim poštovanoga nuncija iz Hrvatske neka mi dopusti umiješati se. Velepoštovani predsjedavajući nas je pozvao riječima kako i on želi isto što i mi, naime da se izmire hrvatski nunciji, ali i svi drugi koji se čute i nazivaju Hrvatima. Sada sa žaljenjem vidimo kako hrvatski nuncij, koji se mađarskim jezikom služi kao mi te na sjednicama odbora izvrsno govori našim materinskim jezikom, na sjednici zemaljskoga sabora želi raspravljati isključivo na latinskom jeziku. Vjerujem da će gospodin nuncij uvidjeti kako ovakovo tvrdoglavo potiskivanje našega domovinskoga jezika ne može opstati. Dobro je primijetio izaslanik Csanadske županije da je ovakovo držanje nepravedno i nepristojno uznemiravanje cijeloga Doma te se doima kao da nunciji iz Hrvatske uopće ne žele primiti na znanje pomirbeni duh koji nastojimo promicati. Umjesto toga uznemiruju ovo tijelo na način koji je nedostojan ponašanja bilo kojega člana ovoga sabora. Ja običavam iskreno iznositi svoje mišljenje, pa stoga molim redove i staleže da

---

54 Ibid. str. 352.

*mi sami ne ograničavamo slobodu govora. Ukoliko nam se nešto ne dopada, onda ozbiljno izrecimo stajalište o tome, ali neka nam nitko ne može predbaciti da bilo koga nismo saslušali, da nismo dopustili slobodu riječi! Nunciji iz Hrvatske su i do sada govorili latinski, možda je razlog tome što ne vladaju sasvim mađarskim jezikom, premda su već govorili i na mađarskom. Sada ponovno žele raspravljati isključivo na latinskom jeziku, pa je osnovano sumnjati da razlog tomu ne leži u gospodinu nunciju, nego u napatku koji je dobio. Svečano pozivam gospodina nuncija neka izvoli pronaći način da se ovakove scene više ne ponavljaju, da ne moramo prozboriti svaku put kada čujemo tuđinski jezik čiji jaram više ne želimo i ne možemo podnositi (Živio)...<sup>55</sup>.*

Nakon ovoga govora Metel Ožegović je konačno uspio progovoriti. Prema zabilješci u dnevniku, on je tada na latinskom jeziku izložio govor koji je dostavljen na mađarskom jeziku.<sup>56</sup> „Budite ljubazni i dopustite mi da sukladno napatku dobijenom od tijela čiji sam izaslanik, a koje koje pak pravilo svaki nuncij, pa tako i ja priznaje kao sveto i nepovredivo načelo svojega postupanja, u duhu stoljetnoga običaja progovorim na latinskom jeziku i time udovoljim jasno izraženoj želji pridruženih kraljevina. Uvidjevši, međutim, kako je i na ranijim saborima uveden običaj vijećanja na mađarskom jeziku, koji pak nema nikakvo diplomatsko značenje, a na koje se nastojalo privoljeti i nuncije iz posestrima kraljevina protiv čega sam unaprijed uložio priziv, slobodan sam glede ove beznadežne okolnosti iskreno primijetiti kako mojim pošiljateljima ne će biti na volju pristati ni na najmanji mogući ustupak. Ali, ne želim trošiti više vremena na ovo pitanje, nego prelazim na predmet rasprave hoteći izabrati zakoniti i pravični način koji će biti u duhu pravde i pravednosti kako je u svome mudrome govoru spomenuo njegovo dostojanstvo kraljevski personal, želeći ublažiti ovu opterećujuću i žalobnu uznemirenost i napetost.... Što se tiče predmeta vijećanja vlastan sam izjaviti da mi je neprihvatljiv prijedlog odbora u svezi popisa imena i priziva turopoljskog poklisara i to jednako kako glede forme, tako i glede sadržaja...” Metel Ožegović je u svome ekspozou ukazao kako je pritužbu podnio predstavnik Turopolja, najmanje jedinice vlasti u pridruženoj kraljevini od onih koje su zastupljene u Saboru, pa bi Sabor bio nadležan za razmatranje ove pritužbe. Zato je hrvatski nuncij kazao: „Ukoliko je dakle, stranka koja je nezadovoljna izborom poslanika podnijela žalbu na najvišemu mjestu, moleći od Njegova Veličanstva kralja neka riješi o o njoj, onda je napustila zakoniti i ustavni put”.<sup>57</sup> Po Ožegoviću bi se slijedom toga u buduće u sumnju mogle dovesti sve kasnije vladine odluke. „Izbjegavanje zakonitoga postupka ima za cilj potaknuti diaetau na odlučivanje, a što je suprotno nepromjenjivome načelu da sabor ne može odlučivati o pritužbi sve dotle dok zemaljski organ nije odlučio o tome... Sukladno Zak. članku 58. iz 1791. pridružene kraljevine su na svome Saboru vlasne odlučivati o poslovima koji se tiču njihovih municipalnih prava. Zato bi trebalo podnositelja pritužbe uputiti neka u duhu ustava i municipalnih prava

55 Ibid.

56 Ibid, str. 353..

57 Ibid, str. 356.

pridruženih strana žalbu podnese nadležnom tijelu koje će odlučiti o ovoj u svakom pogledu neutemeljenoj pritužbi...<sup>58</sup> Hrvatski je nuncij zaključio kako „cijeli sadržaj pritužbe ima za cilj pred Ugarskim saborom prikazati Trojednicu u negativnom svjetlu”, pa je stoga zamolio „veleštovane redove i staleže da u cilju potvrđivanja razumijevanja od strane mađarskoga naroda“ rješidbu cijeloga slučaja povjeri nadležnim tijelima. Poslije njegova izlaganja opetovano se za riječ javio Móricz (sic!) Perczel, nuncij iz županije Tolna koji je kazao: „Doista ogorčenost progovara iz mene kada se u svezi ovoga izvješća želim osvrnuti na izlaganje velepoštovanoga nuncija iz Hrvatske održanome na latinskom jeziku. Njegov govor upućuje nas na cilj da si hrvatski i turopoljski poslanici pruže ruku u ime pomirbe. Pozvao nas je i da strpljivo slušamo njegovu raspravu na dijačkome jeziku jer se ne može prisiliti da govori mađarski nitko tko to ne želi. Ja tvrdim da se prisila ne događa sa strane redova i staleža kada glasnim povicima žele neka se govori na mađarskom jeziku. Upravo suprotno, nasilje vrše oni koji nam žele nametnuti latinski jezik. Kada bi sada ovdje bio stranac koji čita novine s izmišljenim vijestima o tome kako mi namećemo mađarski jezik nemađarskim narodima, onda bi se mogao uvjeriti kako smo strpljiviji čak i više nego što priliči jednome slobodnome narodu. Mi, naime, trpimo ovdje jedan jezik koji je diplomatički strani jezik, pa nas se nikako ne može optužiti da zatiremo nemađarske narode, ili pak zbog netolerantnosti. Izvrstan primjer za to pokazali smo na prošlom zasjedanju kada smo izrekli da Hrvatskoj ne želimo nametnuti mađarski jezik, nego ga želimo uvesti samo u tamošnje škole. Time smo pokazali kako poštujemo Hrvate jednako kao i naš narod, te da ih ne kanimo pomađariti. Ali držim nepravednim da oni i dalje u ovoj sabornici govore na dijačkome jeziku. Stoga u ime moje županije svečano ulažem prosvjed protiv svih daljnjih rasprava hrvatskoga nuncija koje će izgovoriti na latinskome jeziku, te molim redove i staleže neka više ne budu svjedocima ovakovih neugodnih i po nas ponižavajućih prizora kojima smo danas nazočili kada je naš nacionalni jezik oskrnavljen uvođenjem jednoga mrtvoga jezika. Zbog toga molim da se prije svega riješi pitanje smije li se ovdje govoriti na bilo kojemu drugomu jeziku osim na mađarskom. Ja kažem: ne smije i to ne treba trpjeti. Svi koji misle da će se strpljivošću stvari urediti same od sebe trebaju znati da ne će, te da se na taj način pomirba ne može postići. Pače, mislim da će upravo oni posijati sjeme nemira i razdora. Zato tražim da se nunciji iz Hrvatske izvole povinovati jednoglasnoj volji svekolikih redova i staleža.”<sup>59</sup>

Ödön Beöthy iz Biharske županije je u svome govoru istaknuo: „Proteklih minuta smo se osvjedočili koliko može u našoj domovini biti opasno pozivanje na politiku. Naime, nakon što redovi i staleži nisu nakon prve zemaljske sjednice prigovorili zbog govora hrvatskih nuncija na dijačkom jeziku, sada se ta činjenica navodi kao jedini razlog zašto se protiv toga više ne bi mogao podići glas. Priznajem da je ovo vrlo tužna situacija. Nakon što je predsjednik izložio sve lijepe i bogate posljedice okrunjene vraćenim mirom, ja postavljam pitanje: Jesmo li mi razlogom

58 Ibid str. 357.

59 Ibid.

da se u Hrvatskoj brat sukobljava s bratom, da Hrvatska samu sebe nagriža, da su se Ilirska i Hrvatska stranka podignule na noge? Jesmo li mi pokrenuli ove izvanredne događaje? Možemo li ih mi ublažiti ili otkloniti? Oni su se naime, sami sukobili, oni znaju što doista žele i kane li se izmiriti. Ja vjerujem, nadam se i želim pomirbu među njima, budući će oni sami ćutiti posljedice njihova sukoba. No, što smo mi jadni uradili da nas se proziva radi pomirbe? Ukoliko se Hrvatska želi pomiriti s nama, koji nismo posijali sjeme razdora, onda je upitno je li ovo pravi korak. Naime, ovo je razdoblje kada konačno doživljavamo procvat našega jezika, a gospodin nuncij ustaje i što radi u znak pomirbe? Progovara na dijačkom jeziku i poziva nas da se pokažemo tolerantnima. Ako postoji neko razdoblje kada ovakav postupak ne može dovesti do mira, onda je to upravo sadašnje. Ukoliko naša hrvatska zemlja, pridružena kraljevina ili ne znam kako da ju nazovem, doista osjeća sklonost prema našoj matičnoj državi, onda zna da ovaj korak ne može dovesti do pomirbe. Zašto nunciju iz Hrvatske nije palo na pamet zboriti na hrvatskom jeziku? Zakonom, naime, nije propisano kojim se jezikom ima govoriti na diaetaei, a na temelju činjenice da se adresa sastavlja na dva jezika zaključiti da jedan od njih treba biti dijački nije ništa drugo do li argumentum multum probans. Da je mali kaplar (Napoleon) nakon što je 1810. pokorio cijelu Europu, pa tako i Hrvatsku, pozvao pred sebe hrvatske predstavnike, bi li oni tada svoje „jeremijade“ iznijeli na hrvatskom ili na dijačkom jeziku? Ne, nego na francuskom, jer bi se povinovali volji toga sitnoga čovjeka... Ali, mi ne tražimo, mi samo čekamo, ufamo se, nadamo, a onda nam gospodin nuncij održi govor na dijačkom jeziku. A zašto? Zato što je od Banske konferencije dobio takav naputak. Smiješno. Nije valjda dobio i naputak kojim tonalitetom da zbori: piano ili forte? Doista, kako se može jednoga poklisara koji predstavlja državu, pa ma kako ona mala bila, toliko poniziti? To zaista ne mogu shvatiti. Obaviješteni smo i da je na toj Banskoj konferenciji odlučeno i to da ban i zagrebački biskup raspravljaju na mađarskom jeziku. Pitam unaprijed: hoće li nuncij iz Hrvatske štiti svoj municipij ako bude govorio mrtvim dijačkim jezikom i nastupao kao poslanik rimskih kolonija? Može govoriti bilo dijački, bilo hrvatski, to je žargon koji ne razumijem, pa mi je svejedno. “U daljnjoj raspravi je istaknuo kako sabornici ne razumiju latinski, pa će se hrvatski nuncij, ukoliko nastavi govoriti na latinskom jeziku suočiti s time da ga se ne će slušati, nego će susjedi međusobno razgovarati, doduše tiho. Nitko doduše, nunciju ne će osporiti slobodu govora, ali će se dnevnik voditi na mađarskom jeziku i u njega se ne će unositi latinski tekst, a niti njegov prijevod. „Ukoliko, dakle, nuncij iz Hrvatske u svojoj zanesenosti dijačkim jezikom želi raspravljati na latinskom jeziku, onda neka da tiskati poseban diarium i neka ga pošalje u Hrvatsku, jer mi taj govor nismo čuli, nismo ga razumjeli te ga nismo ni cenzurirali...“<sup>60</sup> Iza ovoga opširnoga izlaganja opet se oglasio predsjedavajući dodajući kako je „glede Hrvatske prošli puta opsežno priopćio želju ugarskih redova i staleža, a sada opetovano prosljeđuje tu istu želju hrvatskim poklisarima pozivajući ih neka poduzmu sve moguće korake da u buduće

60 Ibid. str. 358-359.

ispune želje mađarskih zastupnika te da na ugarskom saboru govore mađarski... Gospoda nunciji su mi pokazali naputak da smiju govoriti samo latinski, zato ćemo – dok se taj naputak ne promijeni – tužna srca prihvatiti kako je Hrvatska poslala poklisare koji poznaju naš jezik, a ipak govore drugim jezikom“. Premda niti jedan zakon ne zabranjuje da govore dijačkim jezikom, ukoliko žele i dalje raspravljati na njemu, onda ćemo budućim zakonom o Hrvatskoj inicirati da se na zemaljskom saboru ima govoriti na mađarskom jeziku...“<sup>61</sup> Okrenuvši se prema hrvatskim nuncijima kazao je: „Gospoda su se iz vlastitoga interesa dužni povinovati želji gospode sabornika, jer iako dijački jezik nije izašao iz mode u onolikoj mjeri u kojoj je to ovdje prezentirano, ipak je ovdje mađarski jedini diplomatski jezik... Glede dnevnika i ovdje rečenoga, ako je poslanik bio vlastan govoriti, onda je razvidno da će se njegovo izlaganje unijeti u dnevnik, ali ne na dijačkom jeziku, nego na jeziku na kojemu se vodi dnevnik.“

Zastupnik Zsoldos iz Vesprimske županije je u svojoj diskusiji kazao: „Sretan sam što dolazim iz županije koja ne kani prisiljavati pripadnike drugih naroda da govore mađarski, ali želi prozboriti u korist domovinskoga jezika. Osjetio sam bol i iznenađenje kada su nunciji iz Hrvatske prozborili na latinskom jeziku. Bolno je saznanje kako je Božje prokletstvo na onoj zemlji u kojoj kultura nije dosegla onu razinu da se kao zastupnici pošalju ljudi koji govore jezik domovine... Međutim osvjedočili smo se da hrvatski nunciji ne samo što znaju naš jezik, nego ga govore toliko dobro da je prije mene govoreći gospodin nuncij čak i prijedlog podnio na mađarskom jeziku. Stoga me boli ovo što sam vidio i čuo, jer je to protumađarski istup... Gospodin predsjedavajući je kazao kako ne postoji zakon koji bi ih prisilio da govore mađarski, a ja kažem da postoji. To je zakon osjećaja poštovanja. Ako ga se netko ne pridržava, onda ne će poštovati ni pisani zakon“.<sup>62</sup> Narečeni se zastupnik se također zauzeo za usvajanje zakona da se u saboru smije govoriti samo mađarski, dok se latinski govor ne će uopće razmatrati, niti će se bilježiti u dnevnik.

Poslanik Sámuel Bónis iz županije Szabolcs je kazao: „Govor hrvatskog nuncija me je uvjerio da sadašnji događaji u Hrvatskoj nisu posljedice nikakvih ideja ili želja, nego su to vrlo pomno smišljene radnje usmjerene na sprječavanje naših nacionalnih težnja. Gospodin nuncij je, pretpostavljam, samo tumač naputaka koje je dobio. Budući da mi je osobno poznato da on dobro govori mađarski jezik, zato zaključujem kako je razumio naš poziv neka izvoli govoriti na mađarskom, ali unatoč tome ne želi tome udovoljiti. Ukoliko usporedimo naputak koji mu to zabranjuje s događajima na prošlom saboru, kada smo ih toliko puta pozvali neka govore mađarski, onda je jasno da Hrvatska namjerno želi onemogućiti uzdizanje mađarskoga jezika na stupanj diplomatskoga jezika. Oni koji postavljaju ovakove zapreke na putu nacionalnoga razvitka dužni su poduzeti prvi korak u cilju pomirbe, jer su upravo oni doveli do pomutnje. Osobno držim kako je potrebno pomiriti se, ali prvi korak mora poduzeti Hrvatska. Najbolje bi bilo kada bi se to dogodilo

61 Ibid., str. 361.

62 Ibid., str. 362.

davanjem takovoga naputka nuncijima.”<sup>63</sup>

Péter Géczy, nuncij Hrvatima sklone Zólyomske županije kazao je među inim: „*Moji me pošiljatelji upućuju na to da se glede Trojedne Kraljevine ne pokušava nasino nametnuti mađarski jezik*”.<sup>64</sup> No, i on se priklonio stajalištu većine, po kojemu hrvatski nunciji u buduće imaju govoriti na mađarskom jeziku. Zauzeo se za to da nunciji upoznaju Hrvatski sabor sa željama ugarskih redova i staleža i neka zatraže dodatne naputke. Dok oni ne stignu neka govore mađarski. Miklós Fejérváry iz županije Hont založio se za to da se „*dokine ovakovo skandalozno ponašanje kakovome smo nazočili i svjedočili. Ovome ne će biti kraja dotle dok se ne donese zakon o tome da se u saboru ima govoriti isključivo mađarski. Po mojem je mišljenju nuncij iz Hrvatske postupio zakonito, jer su staleži 1790. godine Hrvatskoj dali pravo da se služi latinskim jezikom.*”<sup>65</sup> Narečeni se zastupnik zauzeo da se u saboru u buduće govori samo na mađarskom jeziku tim prije što taj jezik govore i hrvatski nunciji. Barun Imre Sztojka, nuncij iz županije Mármaros bio je isključiv: „*... Hrvatska je prozborila na stranom jeziku. Ja ne znam je li to hrvatski, dijački ili njemački, jer je to za nas irelevantno. Vidjeli smo nuncija diskutirati, ali ga nismo čuli, nismo razumjeli... Moji prijatelji žele da zemaljski dnevnik vode stenografi. Ja sam vidio kako tijekom govora hrvatskog nuncija zapisničari nisu uzeli olovku u ruke, što odobravam. No, da su i zabilježili tu raspravu, taj bi govor svejedno trebalo prekontrolirati. Pitam kako će se cenzurirati ako ga ne razumijemo. Žele li hrvatski poklisari da im se govori zabilježe u knjige, onda neka izvole govoriti mađarski, jer taj jezik svi razumijemo.*”<sup>66</sup> Kázmér Sárközy, zastupnik Fehérske županije je u svome izlaganju istaknuo kako je prerano obvezivati hrvatske nuncije da govore mađarski sve dotle dok se takav zakon ne usvoji. Dodao je kako ovi događaji ukazuju na to da se takav zakon nužno treba donijeti i to bezodvlačno. Tvrdio je i da Hrvatska ne poštuje želje mađarskih redova i staleža što oslabljuje međusobne veze. Nakon njegova izlaganja predsjedavajući kraljev personal Szerencsi je unatoč željama mnogih zastupnika, ponovio kako se rasprave na latinskom jeziku mogu unositi u dnevnik. „*Ako hrvatski nunciji imaju pravo govoriti latinski, onda imaju pravo zahtijevati i da se njihove diskusije zabilježe u saborski dnevnik, jer se u njega unosi sve što se dogodilo na saboru. Oni koji su vlastni provesti nadzor dnevnika, mogu se pozivati na to da ne poznaju dijački jezik i ne će odgovarati za sadržaj dnevnika.*”<sup>67</sup> Miksa Hertelendy iz Torontálske županije bio je glavni zagovornik usvajanja zakona o mađarskom jeziku kao jedinom i isključivom jeziku kojim se ima govoriti na saboru. „*I meni su prijatelji dali naputak da radim na pomirbi. Oni žele da hrvatski narod uživa sva prava u nutarnjim stvarima Hrvatske te da glede toga ne bude nikakva prijevora. Hrvati neka ostanu Hrvati! Ali, kada Hrvatska stupa u bilo kakovu službenu vezu s Ugarskom, onda mađarski*

63 Ibid str. 363.

64 Ibid, str. 364.

65 Ibid.

66 Ibid

67 Ibid, str. 365.

narod želi da se poštuje njegov jezik i da se svi jedino njime koriste... Izjavljujem kako nikada više ne želim uzeti u obzir izlagaje hrvatskoga nuncija ukoliko on govori latinski, dok glede vođenja dnevnika pristajem uz stajalište zastupnika iz Biharske županije.<sup>68</sup> Ádám Várkonyi iz Temeške županije dodao je kako je diaeta vlastna odrediti na kojem će se jeziku odvijati rasprava. Iskazao je suglasnost s nuncijem Hertelendyjem te je podupro njegovu inicijativu glede usvajanja odluke da se na saboru priznaje jedino mađarski jezik kao službeni i uredovni.<sup>69</sup> Poslije dugotrajnoga vijećanja redovi su potom na ovoj sjeditbi od 20. lipnja 1843., na Hertelendyja prijedlog donijeli zaključak da se „na Zemaljskom saboru ne koristi drugi jezik do li mađarski”.<sup>70</sup> Poslije toga je predsjedavajući kraljev personal István Szerencsy dodao da je njime prekršeno municipalne pravo Hrvatske da daje naputke poklisarima, pa zato zaključak nije zakonit te ga ne preporučava (1. Zapisnik. str. 44-64.).<sup>71</sup> Protiv ovoga su pak zaključka prosvjedovala obadva hrvatska nuncija u donjemu domu (Klobučarić i Ožegović), u pisanom obliku i to na latinskom jeziku. Zbog toga je prosvjed odbačen, dakle, nije niti razmatran, nego je vraćen podnositeljima da ga sastave na mađarskom jeziku. Dvojica hrvatskih poklisara napustila su potom vijećnicu, te su od Banske konferencije pod predsjedanjem bana grofa Franje Hallera zamolili daljnje naputke o tome kako se trebaju držati. Naputak je glasilo neka ostanu dosljedni dotadašnjim stajalištima. O zaključku donjega doma Požunskoga sabora je Sedlnitzky 22. lipnja podnio izvješće koje je dospjelo pred Državno vijeće (Conf., br. 1843:574.) gdje je Hartig izjavio: „*Der Beschluss der Stimmenmehrheit gegen den Gebrauch der lat. Sprache von Seite der kroat. Deputierten wäre als illegal und inkompetent zu erklären*”. Konferencija je bila mišljenja kako bi bilo dobro da Banska konferencija uloži priziv protiv ove odluke, kako bi se tada moglo postupiti u ovom slučaju. Sada za to nema mogućnosti, jer „liegt nichts vor”. Rezolucija od 28. srpnja uputila je palatina neka podnese izvješće o tome što je poduzeto na zaštiti prava hrvatskih nuncija. Banska je konferencija pod predsjedanjem bana Hallera zasjedala 21. lipnja te je zaključila da je narečeni zaključak od 20. lipnja povrijedio hrvatska municipalna prava. Stoga je ban dobio ovlast da se obrati kralju radi zaštite ovih prava. O banovu dopisu od 22. lipnja (Conf. br. 1843:679.) je palatin Josip 30. srpnja iznio svoje mišljenje (palatinova tajna pismohrana Diaet. extraser. br. 1843, 281.) držeći kako su obje strane pogriješile. Naime, Hrvati su tada prvi put u naputku zatražili neka njihovi nunciji na saboru govore latinskim jezikom. Nisu promislili o tome kako je Zak. člankom 3. iz 1836. izvornikom postao mađarski tekst zakona jer je mađarski diplomatski jezik. Pored toga hrvatska municipalna prava vrijede samo u granicama Trojedne Kraljevine, ali ne i izvan njih, mađarski zakoni ih ne mogu derogirati sukladno

68 Ibid., str 365.

69 Ibid, str. 366.

70 *Az 1843–1844. évi országgyűlés rendi naplója*, 1843. június 20-i ülés. Vidi opširnije Gyula Miskolczi: *A horvát kérdés története és irományai a rendi állam korában*, I. köt., Budapest. Kiadja a Magyar Történelmi Társulat, 1927, str. 297.

71 Zapisnik (Jegyzőkönyv) I. str. 44–64.

Zak. članku 1741:61. Hrvati su imali vremena naučiti mađarski, a osim toga su na ranijim sjeditbama donjega doma njihovi nunciji govorili mađarski te su i svoje pritužbe podnosili na mađarskom jeziku. Dva naroda trebaju nastojati održavati dobre odnose, jer je i Hrvatska dijelom ugarske krune. Situacija je već loša, zato što hrvatski nunciji moraju ili govoriti protivno dobijenom napatku, ili pak trebaju šutjeti. Palatin je preporučio da se izvan snage stave i napatuk hrvatskih nuncija i zaključak ugarskoga sabora.<sup>72</sup> Nakon što se napatuk hrvatskim nuncijima poništi, neka Hrvati raspravljaju na mađarskom ili latinskom jeziku, a ubuduće neka se na zemaljski sabor šalju nunciji koji govore mađarski. Nadvojvoda Josip je u posebnom pismu zamolio kancelara grofa Antala Mailátha neka pazi da se dalje ne truju međusobni odnosi između dvaju naroda.<sup>73</sup> Palatin je na sjednici Doma velikaša održanoj 28. lipnja 1843. glede turopoljskoga pitanja kazao kako se ne želi dublje upuštati u razmatranje ilirskoga pitanja, „*ali se radi o nečemu što pridonosi boljitku*”. Istaknuo je i kako spada među one ljude koji „*drže da u Ugarskoj ne postoji nijedan drugi narod do li Mađari (est Hungarus)*” što su redovi popratili uzvicima odobravanja. („Tako je! Živio!”). Nadvojvoda je kazao da „*u Ugarskoj nema Ilira, nego su svi Mađari*”.<sup>74</sup>

Donji dom Ugarskog parlamenta je na svojoj 36. sjednici 8. kolovoza 1843. raspravljao i o žalbi turopoljskoga grofa. Zapisničar doma Palóczy pročitao je Odgovor Doma velikaša u predmetu žalbe Turopoljaca (*Saborski spisi br. 26.*) u kojemu se iskazuje stajalište kako sabor nije nadležan za odlučivanje o tome, nego neka se pravni lijek uloži po uobičajenom postupku. Gornji dom je „*glede pokreta koji se događaju u Hrvatskoj*“ zaključio da nisu predočene sve činjenice na temelju kojih bi se stvar mogla presuditi, pa se odlučivanja ostavlja za kasnije vrijeme kada budu poznati svi fakti. Bertalan Szemere iz Borsodske županije je zaključio kako je hrvatski sabor odgodio donošenje odluke o važnome pitanju „*ima li turopoljsko plemstvo osobno pravo glasa, ili tek jedan skupni glas*“. Zato smatra da bi Dom velikaša trebao dati odlučniji odgovor. Poslanik Zsedenyi iz Spiške (Szepes) županije je kazao kako ne želi ispitivati tko je u pravu u ovome pitanju, jer obje strane drže kako su njihova stajališta ispravna, pa je stoga upitno smije li se diaetae uplitati u pravo slobodnog izbora Hrvatske. Po njemu bi se uplitanjem u to pitanje dodatno uznemirilo Hrvate i to u stvari koja predstavlja njihovo najvažnije municipalno pravo. Želju za požurivanjem sazivanja Hrvatskog sabora ocijenio je ne samo pogrješnim potezom nego i protupravnim. Zbog toga je preporučio neka Turopolje pravdu potraži u okvirima upravnoga postupka na za to mjerodavnome mjestu. Tada bi, po njemu „*na izborima bila poražena Ilirska stranka koja nosi*

72 Gyula Szekfű: *Iratok a magyar államnyelv kérdésének történetéhez 1790-1848*. Magyar Történelmi Társulat, Budapest, 1926. str.549-550.

73 Ibid. 144. 1843. október 12. Kir. leirat a magyar nyelvnek az országgyűlési tárgyalásokban való kizárólagos használatát kimondó 1843 jún. 20-iki rendi határozat ellen. Saborski spisi (Nyomt. Irományok) 2, str. 71. uz potpis kralja Ferdinanda, grofa Antala Mailátha i grofa Lászla Szögyénya (str. 550-551.)

74 *Az 1843- 1844. évi országgyűlés kerületi naplója*, II. sv. str. 18-19.



*sjeme otcjepljenja, a pobjedu bi odnijela Hrvatsko-vugerska stranka. Usto i se na taj način utišalo i neraspoloženje Hrvata*".<sup>75</sup> Na to je turopoljski grof Josipović istaknuo kako najnovija događanja ukazuju na to da vlada kojoj bi se trebali obratiti nedvojbeno podupire ilirizam. „*Vlada ne dopušta novi izbor nuncija zato što se boji od potiskivanja ilirizma. Dom velikaša pak ne podupire stajalište donjega doma zato što se među velikašima nalazi puno vladinih pristaša. Sadašnje incidentne sjednice su posljedice ovakovoga izbora nuncija koji umjesto da svoje pošiljatelje obavijeste o tome kako bi se moglo ublažiti postojeće napetosti, i sami pridonose potpirivanju strasti. Kada bih ja ili koji drugi Mađar održao takav govor u zagrebačkom Saboru oružnici bi već idućega dana bili tamo (uzvici: Živio!)*“.<sup>76</sup> Grof Josipović je podnio predstavku koju je potpisalo 460 Zagrepčana i Turopoljaca.

Poklisar Bonis iz županije Szabolcs se u svojoj diskusiji osvrnuo na kolegu iz Spiške županije tvrdeći da su ilirci neprijateljski raspoloženi te bi stoga bilo dobro donijeti rješenje. Njegov kolega Lonyay iz zemplenske županije je također, kritizirao svoga kolegu iz Spiške županije tvrdeći da premda Hrvatska uživa municipalna prava to nikako ne znači da se ništa ne može poduzeti. „*Žalba se i upućuje u Hrvatsku upravo zato što se poštuje njezina autonomija*“<sup>77</sup> Peštanski zastupnik Szentkiralyi držao je pritužbu vrlo značajnom stoga što on u ilirskom pokretu – premda se poziva na naciju – vidi opasne planove. „*Ne smije se ignorirati stanje u Trojedinici u kojoj se nasuprot ilircima nalaze pristaše unije s Mađarima, a koji nikako nisu u manjini*“<sup>78</sup> Glede hrvatskih municipalnih prava istaknuo je da bi ih već jednom volio vidjeti predočene, tim prije što Zak. članak 58. iz 1790-91. ne daje Hrvatskoj veća prava od onih koje imaju županije. Za razliku od iliraca pristaše Hrvatsko-vugerske stranke su po njemu iznijeli dokaze da su Turopoljci ranije sudjelovali u izboru protonotara Banskoga stola, kao i da su se slavonske županije požalile da imaju samo jedan skupni glas itd. Iskazao je mišljenje da se zakonom stečeno pravo može oduzeti samo zakonom. Barun Wenckheim iz Bekeske županije zaključio da je vladina politika i nebriga za ovaj slučaj potvrda da se ona raduje razdoru između Hrvata i Mađara, a taj sukob će iskoristiti za potiskivanje mađarske nacije. Predsjedavajući Beóthy iz Biharske županije stao je u zaštitu nuncija iz Spiške županije te je dodao da bi se po njemu ilirski pokret trebao dokinuti. „*Pogledajmo što se događa u Hrvatskoj. Tamo više ne stanuju ni Hrvati, ni Iliri, nego Slavjani, jer je od vlade stigla naredba da se ilirsko ime treba zamijeniti... Malu hrvatsku domovinu mora se tetošiti što vlada uvijek čini, iako ne znam zašto. Čemu se može nadati od Hrvata? Ničemu... Ukoliko se Trojedna Kraljevina želi odvojiti od nas poželimo joj puno sreće. Ja sam već više puta izgovorio kako nikada ne ću kupiti zajednički suživot ako to ide nauštrb moga naroda... No, bez obzira na sve svako popuštanje u ovom slučaju značilo bi kukavičluk, pa stoga glede*

75 Ibid., II. sv. str. 12-13.

76 Ibid. str. 13.

77 Ibid. str. 14.

78 Ibid. str. 14-15.

*ove adrese ne smijemo popustiti.*<sup>79</sup> Nuncij Zsedenyi je u svome govoru iskazao simpatije prema „mađaronima” te je zažalio što se pitanju ilirizma ranije nije posvetila nužna pozornost.

Na 23. Zemaljskoj sjednici je glede vjerskoga pitanja zaključeno da su Požeška, Virovitička i Srijemska županija sukladno Zak. članku 23. iz 1751. posebno pozvane na diaetaeu te se smatraju sastavnim dijelom Ugarske, dakle se vjerski propisi odnose i na njih (a na Hrvatsku ne).<sup>80</sup> Vjersko pitanje raspravljano je i na 26. sjednici Zemaljskog sabora održanoj 12. kolovoza 1843. s početkom u 10 sati. Kraljevski personal kao predsjedavajući upoznao je nazočne i s prijedlogom za ukidanje članka 14. Zak. članka 26. iz 1790-91. s ciljem da se i protestantima omogući sloboda vjeroispovijedanja u Hrvatskoj. Personal je napomenuo da je za to potreban i pristanak Hrvatske. Premda se i sam zauzeo za ukidanje narečenoga članka, ipak je upozorio da su Hrvati tek u vrlo malom broju sljedbenici protestantizma, pa ih stoga valja udobrovoljiti da i njima priznaju jednakopravnost. Istaknuo je kako protestanti nisu baš sasvim isključeni iz javnoga života, iako nemaju pravo građanstva i ne mogu steći pravo vlasništva, ali mogu imati stan u cilju obavljanja trgovine. Stoga bi se popuštanje Hrvata u ovome pitanju trebalo ostvariti postupno i pozivajući se na korist koju donosi trgovina. Složio se da članak 1. Zak. članka 120. iz 1775. daje Hrvatima ovlasti u ovoj stvari sukladno njihovim municipalnim pravima, ali i da se zabranom davanja

jednakopravnosti protestantima samo raspiruje mržnja.<sup>81</sup> Bertalan Szemere iz Borsodske županije je pak istaknuo kako skoro ne postoji niti jedno Mađarima životno važno pitanje koje Hrvati ne bi osporavali i napadali ističući svoje municipalno pravo. U svom se ekspozeu usredotočio upravo na hrvatska municipalna prava. *„Želimo osigurati da se Sabor odvija na jednom jeziku, ali Hrvati protiv toga ulažu priziv. Želimo uvesti mađarski kao uredovni jezik u upravu i sudstvo a tome se opet, već pola stoljeća opiru Hrvati. Htjeli bismo javni porez podijeliti na ravnomjerne dijelove, no i tome se protive Hrvati. Srijemska, Požeška i Virovitička županija izvorni su sastavni dijelovi naše domovine, ali nam i to osporavaju Hrvati.*

Nakon ove sjeditbe u Beču su dugo razmatrali događaje u Požunu, a napose usvojeni zaključak. Dopis saborskoga odbora Ugarske kancelarije od 16. kolovoza sastavio je Szögyény, a ispravio Bartal (praes. kanc. 1843:695.). Nakon dostavljenoga palatinova mišljenja (kanc. br. 1843:15.883.) državni sudac György Mailáth iznio je mišljenje kako je kraljev personal umjesto usvajanja zaključka trebao raspustiti sjednicu. Osim toga je preporučio da se u kraljevskom otpisu trebaju zaštititi hrvatska prava, ali ne pretjeranim izrazima kako se ne bi pojačavale tenzije. Po stajalištu kancelarije krive su obje strane: hrvatski napatuk je na dotad neuobičajeni način tražio da hrvatski nunciji govore latinski; diskusije na mađarskom jeziku ničim ne bi ugrožavale hrvatska municipalna prava; nunciji koji ne razumiju mađarski jezik

79 Ibid., str. 16-17.

80 Ibid., str. 44-45.

81 Ibid. II. str. 153-156.

više ne mogu pratiti rad Sabora, jer naime, i kralja pozdravljaju na mađarskom jeziku, a osim toga ne postoji nijedna država koja u javnoj raspravi koristi više jezika; zaključak redova i staleža želi primijeniti prisilu protiv napatka, premda je instrukcija i Mađarima nepovrjediva. Uskraćivanjem napatka bi se od Hrvata oduzeo njihov zakoniti votum, a njime se krši i Zak. članak 61. iz 1625.; i sam kraljevski personal je narečeni zaključak nazvao nezakonitim; kraljevski otpis vraća Hrvatima njihov votum.<sup>82</sup>

Gornji dom je na sjednici od 21. kolovoza izmijenio prijedlog zakona o mađarskom jeziku, tako što je odredio da Požeška, Virovitička i Srijemska županija dobiju odgodni rok od šest godina i da u tim županijama zakon stupi na snagu tek nakon isteka toga roka, kao i da pri zapošljavanju činovnika u tim županijama uvjet ne bude poznavanje mađarskoga jezika. Zaključeno je da slavonske županije u prepiskama s mađarskim županijama mogu i dalje rabiti latinski jezik, ali neka se izrijeckom nigdje ne propiše da je latinski jezik upravni jezik u Hrvatskoj.

Državna konferencija (Conf. br. 1843:822.) je također ocijenila obje strane krivima, kao što je iskazala mišljenje da se zaključak od 20. lipnja treba poništiti, dok se pak instrukcije dane nuncijima ne mogu poništiti, jer bi se time prekršilo pravo slobodnoga davanja napatka. Zbog narečenoga se uz poništavanje zaključka, glede napatka indirektno treba postupiti tako da se otpis posebno pošalje banu grofu Halleru uz iskazivanje izraza žaljenja zbog toga što je jedan napatk proizveo takove posljedice.<sup>83</sup> Ovaj je spis poslan u razdoblju od 8. do 15. rujna, a s nadnevkom 20. rujna je nastao Kollowratov i Metternichov votum kojim su dana određena stil-ska poboljšanja: banu se ne treba poslati tekst otpisa, jer će ga ionako dobiti na Saboru; pismo koje se ima njemu uputiti neka bude preoblikovato tako da u njemu stoji kako će kralj obraniti Hrvate od ugarske supremacije, te i on djeluje u tom pravcu.<sup>84</sup> Ferenc Erb, tajnik kabineta nadvojvode Franje Karla je 24. rujna priopćio Gervayu da je pristanak na otpis dao i nadvojvoda, ali moli da se ovaj predmet ne vezuje uz istraživanje u slučaju zagrebačke restauracije – kako su to željeli Kollowrat i Metternich – pa je stoga Gervaya pozvao k sebi. Rezolucija nije potpisana, nego je predana Czirákyju koji ju je odobrio svojim votumom od 5. listopada. Palatin je o tekstu otpisa pisao 16. rujna kancelaru (Praes. kanc. br. 1843:778.), te je zamolio neka se iz teksta izostavi spominjanje Zak. članka 7. iz 1792. kako redovi ne bi pomislili da kralj ne kani ići dalje od toga te neka „usque dum lege secus constitueretur” umjesto toga rabi izraz „his adhuc comitiis”.<sup>85</sup> Saborski odbor Ugarske kancelarije je 21. rujna ovaj od Szögyénya formulirani spis proslijedio kralju (Kanc. br. 1843:15.884.) dajući potporu obadvama prijedlozima. Državna konferencija (Conf. br. 1843:911.) prvi nije prihvatila, a uz „his adhuc” su pristali Somssich i kancelar Mailáth: nutarnje uređenje i koordinacija dvaju domova (podjela na dva

82 Gyula Szekfű: *Iratok a magyar államnyelv kérdésének történetéhez 1790-1848.* str. 550.

83 Ibid.

84 Ibid.

85 Ibid.

doma, uporaba mađarskog jezika itd.).<sup>86</sup> Većina je ipak bila protiv palatinova prijedloga. Po Hartigovu mišljenju palatinov prijedlog bi olakšao posao onim sabornicima koji ne znaju latinski, a vladin interes je upravo suprotan, naime, otežati taj posao kako bi ga obnašali samo obučeni ljudi koji poznaju zakone, Kollowrat i Metternich su pristali uz većinu, tako da rezolucija nije usvojena.

Banska konferencija je 6. listopada 1843. u Požunu opetovano zamolila zaštitu od zaključka Požunskoga sabora, a tu zamolbu je Saborski odbor Ugarske kancelarije podnio 10. listopada (Kanc. br. 1843:15.885.). Po mišljenju Konferencije (Conf. br. 1843:986.) ova molba je stigla baš na vrijeme, jer daje razlog za izdavanje kraljevskoga otpisa što se već dugo oteže. Kraljevska rezolucija je donesena 12. listopada. Njome se utvrđuje da se Saboru ima izdati otpis sukladno rješidbama Konferencije (Conf. br. 822. i 911.). U otpisu se kaže da se hrvatskim nuncijima ima ostaviti na volju neka svoja mišljenja izriču bilo latinskim bilo mađarskim jezikom. No, ugarski su staleži nakon povratka hrvatskih nuncija u Sabor (1. prosinca) onemogućili svoje hrvatske kolege da govore, a usto su ostali dosljedni svojemu zaključku od 20. lipnja.

Preslika otpisa od 12. listopada je poslana banu Halleru, a na Kollowratovu zamolbu i palatinu koji je 25. listopada opetovano uputio podnesak te je u pismu upoznao Metternicha (palatinova tajna pismohrana - Diaet. extraser. 281. pak.) da je u Požunu zajedno s državnim sudcem Mailáthom i kraljevskim personalom Szerencsyjem konstatirao da redovi ne mogu odstupiti od dobijenih naputaka, a adresa ne može dobiti većinu. Budući da on osjeća odgovornost stoga opetovano moli da se napusti pozivanje na Zak. članak 1792:7. te neka se unese njegova nadopuna. U druga dva podneska (Conf. br. 1843:1045. i 1046.) moli ili ove promjene ili da se ne izda otpis, osim kao odgovor u onom slučaju ukoliko pristigne staleški dopis o mađarskom jeziku. Personal je Kancelariji uputio upit kako treba postupiti ukoliko redovi ne prihvate otpis. Kancelar je pak pitao palatina treba li se raspustiti sabor i zatražiti uputa od vlade. Kancelarija je (praes. kanc. br. 1843:852. i 869.) zaključila da bi raspuštanje Sabora izazvalo neugodnu situaciju, umjesto toga neka se otpis razmatra u redovnoj saborskoj raspravi. Konferencija je 28. listopada u nazočnosti Somssicha, Pilgrama, Purkhardta, Czirákyja i Nádasdyja zaključila kako se situacija promijenila. U slučaju neprihvatanja došlo bi do raspuštanja diaetae što bi proizlazeći iz jezičnoga pitanja bilo „eine der grössten Kalamitäten”, jer u državi nitko ne bi pristao uz vladu. Konferencija ne preuzima odgovornost za posljedice. U županijama bi se vodile ogorčene borbe, ustalili bi se loši odnosi s Hrvatima, pa stoga preporuča usvajanje dvaju palatinovih prijedloga. O tome je 30. listopada u nazočnosti Kübecka, Hartiga, Kollowrata i Metternicha te kasnije im pridružene dvojice nadvojvoda zaključeno da je zbog odgađanja ovo pitanje postalo ne samo državni problem, nego i pitanje opstojnosti. Otpis je već poznat, o njemu je s nuncijima prozborio i sam palatin, i on se više ne može promijeniti. Zaključeno je i da je razlog svemu ovome neodlučnost, kukavičluk i propusti kraljevskoga

86 Ibid. str. 550-551.

personala. U međuvremenu je Ugarska konferencija na poseban način promijenila svoje stajalište, zbog čega joj se ne treba ništa predbaciti, ali ju se treba upozoriti zato što je time sada nužno promijenjeni rukopis poslati personalu i pozvati ga neka obrani pravo govora Hrvata. Ova uža konferencija je k sebi pozvala državnoga sudca te ga je upoznala sa situacijom, a on je obećao da će ograničiti sve pretjeranje zahtjeve redova. Državni sudac je držao dobrim rješenjem da se presonalu uputi rukopis, jer je on doista pogriješio kada je izrekao conclusum redova i staleža. Poslije ovoga je 31. listopada izdana rezolucija palatinu i saborskom odboru kancelarije (praes. kanc. br. 1843:870.) te je odlučeno da se redovima ima izdati rezolucija od 12. listopada ukoliko nisu zadovoljni s „*der gesetzliche Weg einer Diaetal-Repräsentation keineswegs beschränkt werden kann*”, ali samo uz pristanak gornjega doma.<sup>87</sup> Kancelar je u smislu rezolucije pisao palatinu i peronalu. Grof Metternich je 31. listopada (Conf. br. 1843:1371.) priopćio palatinu kako su kraljevi savjetnici jednoglasno pristali uz tekst od 12. listopada te su prije voljni odstupiti nego li se odreći toga teksta. „*Es gibt keinen einfacheren Fall, als der vorliegende, denn es handelt sich in selbem blos von der Aufrechthaltung der Würde der Gesetze ... Von diesem Tatbestande durchdrungen, würde ich es als meine Verantwortlichkeit gegen den Kaiser, den Staat und mein eigenes Gewissen allein schützend vorgezogen haben, den Rest der kurzen Tage, welche mir noch zu leben bleiben, der Ruhe zu widmen, als meinem Pflichtgeföhle eine zu den traurigsten Folgen führende Gewalt anzutun.*”<sup>88</sup>

*Ferdinandus ... Dum ex parte jurisdictionum regni Croatiae perlatum nuper ad Nos fuisset: qualiter – quod ex actis etiam praesentium comitiolorum apparet, – per ea, quae circa suffragia in medio tabulae SSum non alio dehinc, quam hung. idiomate promenda, acta fuere, ablegati regnorum adnexorum ad eum collocati exstiterint abnormem situm, ut praesentes licet in regni comitiis, partes tamen missionis suae rite explere, inque diaetalibus ad antelatam tabulam deliberationibus, pro competente ipsis legali activitate, realem et efficacem partem capere, cum gravi jurium suorum laesione nequeant, firmiter credebamus futurum: ut incongrua passus hujus ratione, ex incidenti etiam pendentis attunc de affini materia tractatus, mox perspecta, ab iis, quae eius in nexu respectu praeattactorum ablegatorum evenerunt, sponte ac immediate recedatur. Sed vero quantopere hae nostrae spes in irritum cesserint, tum e serie ulteriorum ad eandem tabulam pertractationum, quum e recentissima iterum nomine praefatarum jurisdictionum, quoad continuo*

87 Ibid., str. 551-552.

88 Usp. još i prepisku palatina i kancelara u ovome predmetu (praes. kanc. br. 1843:547., 668., 719., 794., 835., 841. te 888., 898., 919., 949. O prijedlogu nuncija Klauzála od 2. prosinca vidi praes. kanc. br. 952., tajna palatinova korespondencija (Diaet. extraser. 281. paket – kancelarovo pismo). Prepisku između palatina i velikih župana radi davanja boljih naputaka u ovom pitanju vidi Palatinova tajna prepiska (Acta extraser. 281. pak). Velik broj spisa nastalih povodom adrese ugarskih te hrvatskih i slavonskih županija nalazi se u pismohrani Kancelarije te Konferencije (Conf. br. 1844:42.). Usp. sve narečeno s izvatcima iz pismohrane konferencije i detaljnim tekstovima u: Hanns Schlitter: Aus Österreichs Vormarx III. Ungarn, 1920, 9. i 84. 11.

*adhuc perdurantem anomalum et illegalem rementionatorum nunciorum in puncto ferendorum per eos suffragiorum situm reddita Nobis supplicatione, praeter omnem expectationem intelleximus. Quemadmodum autem de Nostro in efflorescentiam ac incrementum usus linguae hung. benigno studio, conditi cum r. Nostro annutu legum articuli luculentum praebent testimonium; ita prorsus intime Nobis persuasum tenentes, in persequendo hoc scopo non alio procedi calle cum fructu posse, quam si principiis art. 7:1792 omni tempore presse inhaesum, atque ex salutari huius mente omnis in promovendo usu linguae hung. arbitraria coactio sollicitate vitata fuerit, cuncta, quae ab his deflectunt, quam longissime aliena ab animo Nostro esse, candide profiteamur. Quoniam igitur quaestio de lingua diaetali, ex clara insuper art. 67:1790. mente ferendae legis constituat materiam: haec vero praeoccupari salvo constitutionalis rerum pertractandarum ordine non possit; pro ea, quae Nobis incumbit, hunc illibate custodiendi cura Dil nem et Fidtes Vras hisce auctoritate Nostra r. serio hortamur et volumus, ut cardinale id legum patriarum principium, interea, usque dum lege secus constituetur, observandi praevigentis usus sollicitate recolant, atque ablegatis illis, sensa sua latina aut hungarica lingua expromendi usum in salvo relinquere, ac a violenta eius restrictione abstinere, curae sibi habeant.<sup>89</sup>*

Otpis je proglašen na 60. sjednici 2. studenoga, a na njega je kao odgovor donji dom dao prijedlog koji je razmatran na zasjedanjima 1. i 5. prosinca (Zapisnik str. 2., 86–111., tekst u Saborskim spisima str. 2., 81. pod naslovom „Domovinski jezik je uvjet opstanka našega naroda”). Svekoliko djelovanje mađarskih sabornika usmjereno je na donošenje zakona o istome. Već su pri iznošenju gravamina redovi zamolili izdavanje kraljevskih otpisa na mađarskom jeziku, kao i da se prepiska i vijećanje između dvaju domova odvija jedino na mađarskom jeziku. Zbog toga je redovima još teže pao otpis kojim se Hrvatima dopušta korištenje latinskoga jezika. Staleži su se složili kako ranije nije bilo rasprave oko jezika koji se ima koristiti u Ugarskom saboru. Ranije je to bio mađarski jezik, pa zatim latinski, ali nijedan zakon nije to izričito propisao. Zaključak iz 1790. dopustio je Hrvatima uporabu latinskoga „dok ne nauče mađarski”, ali ni to nije oblikovano niti u jedan zakon. Zakonski članci 1805:4. i 1840:6. su propisali da se adrese kralju imaju sastavljati na mađarskom i latinskom jeziku, kasnije pak na mađarskome, ali prije donošenja ovoga potonjega zakona je to uvedeno u praksu sukladno kraljevom pristanku. Mađarski je postao i jezik na kojemu su pisani saborski dnevnici i poruke između domova, ali ni to nije uređeno zakonom, nego se ta praksa ustalila temeljem rješidbi i zaključaka redova i staleža. Iz narečenoga su Mađari držali kako se zakon o mađarskom uredovnom jeziku treba donijeti samo u onim pitanjima u kojima je latinski naveden kao službeni jezik. Držali su kako su Hrvati već mogli naučiti mađarski, isticali su da se Zak. članci 1790:67. i 1792:7. ne odnose na ovo pitanje, jer su redovi uvijek imali narečeno pravo budući su svoje vijećanje i sva pitanja glede njega samostalno uređivali. Da tome nije bilo tako onda bi nestala zakonom

89 Gyula Szekfű: *Iratok a magyar államnyelv kérdésének történetéhez 1790-1848.* str. 553.

propisana neovisnost diaetae. Isticali su i da je isključeno da se neki pojedinci izdignu iznad Sabora. Zbog narečenoga su smatrali kraljevski otpis krši neovisni status Ugarske i ustavno pravo naroda da sudjeluje u zakonodavnoj djelatnosti, kao i da se on nalazi u suprotnosti sa opravdanim težnjama naroda za korištenjem svoga nacionalnoga jezika. Nakon što je personal na sjeditbi od 1. prosinca 1843. u smislu kraljevskog otpisa od 12. listopada (Tiskani spisi – Nyomt. Irományok 2, str. 71.) opetovano proglasio nezakonitim saborski zaključak od 20. lipnja te je Hrvatima potvrdio pravo raspravljanja na latinskom jeziku (Zapisnik - Jegyzőkönyv 2., str. 86–90.) dne 1. i 2. prosinca je opetovano vođena žustra polemika u „u prenatrpanoj sabornici”.

Na poticaj palatina nadvojvode Josipa kralj Ferdinand V. izdao je 23. siječnja 1844. novi kraljevski otpis kojim je odredio da se hrvatski nunciji nakon šest godina (dakle, od 1850.) u Požunskom saboru imaju služiti mađarskim jezikom. Ipak, nije potvrdio druge želje ugarskih redova, napose glede uvođenja mađarskoga jezika u sve urede i škole. Sabor je raspušten 13. studenog 1844. prije nego što je završio posao.

U razdoblju od 1845. do 1848. Narodna stranka je uživala svekoliku zaštitu dvora, ponajprije kako bi Hrvati poslužili Beču za pacificiranje Mađara. No, zanimljivo je kako se taj hrvatsko-mađarski sukob nije odvijao u Ugarskoj, nego u Hrvatskoj i to između samih Hrvata: s jedne strane iliraca, a s druge strane tzv. mađaroni. Na restauraciji u Zagrebu održanoj 28. i 29. srpnja 1845. pobijedili su mađaroni, pa je za podžupana izabran Josip Žuvić. Opetovano su izbili sukobi u kojima je više ljudi poginulo. Zagrebačka županija je 5. kolovoza 1845. održala veliku skupštinu pod predsjedanjem podžupana Žuvića na kojoj su pristaše promađarske stranke na Josipovićeve prijedlog usvojili zaključak da se u Hrvatsku vrati stari pravopis i kajkavština, a štokavsko narječje neka se ograniči na područje Osijeka i Požege „budući da zajednički hrvatsko-slavonski jezik ne postoji”. Osim toga su zahtijevali neka se seljačkom plemstvu potvrdi pravo osobnoga prava mjesta i glasa u Hrvatskom saboru. Skupština je izabrala Kolomana Bedekovića i Josipa Briglevića za zastupnike u Hrvatskom saboru te im je dala naputak neka ustraju na održavanju tijesne veze s Ugarskom. Narečena skupština je proglasila zaključke s ranijega sabora prvo na mađarskom, a onda i na latinskom jeziku čime je povrijedila hrvatsko municipalno pavo, jer je za to bio vlastan samo Hrvatski sabor. Sabor u Zagrebu održan je 23. rujna 1845. i na toj sjednici je pročitana kraljev otpis od 14. rujna kako turopoljsko seljačko plemstvo nema osobno pravo mjesta i glasa u saboru, nakon čega su pristaše Hrvatsko-vugerske stranke napustili sabornicu, pa su tako omogućili Narodnoj stranci da provede svoj program. Prije svega uređen je sastav Hrvatskog sabora, kojim je seljačko plemstvo iz njega isključeno, a pravo glasa dobili su grko-istočni episkopi. Osim toga je od kralja zamoljeno da se zagrebačka akademija uzdigne u rang sveučilišta, a zagrebačka biskupija u rang nadbiskupije neovisne od ugarskog crkvenog ustrojstva. Sabor se ponovno sastao 18. listopada 1847. kako bi izabrao nuncije za Požunski sabor i dao im instrukcije. Bio je to zadnji hrvatski staleški sabor. Za nuncije na Požunskom saboru

(*ablegatione regni Croatiae*) opet su izabrani Herman Bužan, savjetnik Banske stolice u gornji dom, te Metel Ožegović, savjetnik Kraljevskoga namjesništva i Josip Bunjik, glavni bilježnik Požeške županije u donji dom. Saborski odbor je 23. listopada 1847. zaključio da se narodni jezik ima uzvisiti na onu čast vrijednost i valjanost koju je do sada uživao latinski jezik. Obnovljen je i zaključak o stvaranju samostalne hrvatske nadbiskupije, o sjedinjenju Dalmacije i Rijeke s Hrvatskom, te je sastavljen naputak za nuncije od kojih je zatraženo da imaju braniti hrvatska *municipalna prava* kao i pripadnost Slavonije i Primorja Hrvatskoj, nadalje se još ističe: „*Saborski nunciji nikako ne će dopustiti uvođenje mađarskoga jezika kao nastavnoga, jer staleži redovi žele da nastavni jezik bude naša narodni*”. No, „*kao dokaz bratske ljubavi prema ugarskoj braći na Požunskom saboru će se nunciji već sada služiti mađarskim jezikom*”.<sup>90</sup> Sabor je u adresi upućenoj kralju 23. listopada 1847. zamolio da se u Hrvatskoj i Slavoniji zakoni doneseni na državnom saboru i dalje šalju u ovjerenom latinskom prijevodu, da kralj sankcionira zaključke usvojene na Saboru iz 1845. godine, te da imenuje bana, jer je banska stolica ispražnjena 1845. godine.<sup>91</sup> Predloženo je da banom bude imenovan netko iz carske obitelji, po mogućnosti jedan od nadvojvoda (*...in banum regnorum horum cum omnigena legali autoritate unum a serenissimis Augustae domus regnantis principibus clementer nominare...*).<sup>92</sup> Budući da je od 1806. na banskoj stolici sjedio stranac, to je želja hrvatskih sabornika bila neka se za bana postavi „Horvat ili Slavonac”, ako ne bi bio imenovan netko iz vladarske kuće.

Požunska diaeta otvorena je 12. studenoga od strane kralja Ferdinanda V. kojni je tom prigodom pogovorio mađarski što je oduševilo Mađare i podgrijalo njihove nade u ostvarivanje samostalne države. Umjesto preminuloga palatina Josipa (u siječnju 1847.) Sabor je jednoglasno izabrao njegova sina nadvojvodu Stjepana za palatina. Dočim je Sabor otvoren, odmah je počela “uobičajena” rasprava o službenom jeziku. Tada se još nije znalo kako će to biti posljednja staleška skupština, nakon koje više ništa ne će biti kao dosad. Hrvatsku su na toj povijesnoj sjednici uz izabrane nuncije zastupali „po starom običaju” i po službenoj dužnosti *protonotar Kraljevstva* Nikola Mikšić, odnosno prelati Juraj Haulik, zagrebački biskup i Gabriel (Gavro) Smičiklas, križevački grkokatolički metropolit, dok sjednici nisu nazočili Mirko Ožegović, senjski i Josip Kuković, đakovačko–srijemski biskup. Od velikih župana nazočni su bili: grof Nikola Sečen (Széchen Miklós), požeški, barun Ljudevit Bedeković, križevački, barun Franjo Kulmer srijemski, Imre Péchy zagrebački, te Josip Šišković, virovitički veliki župani, dok varaždinska županija

90 Ferdo Šišić nav. dj. str. 416.

91 László Heka: *A délszláv népek nemzetiségi mozgalmái a 19. században*. In: *Emlékkönyv Dr. Ruszoly József egyetemi tanár 70. születésnapjára*. str. 313-314.

92 Ugarska dvorska kancelarija raspravila je taj prijedlog 8. prosinca 1847., te ga je prosljedila Kraljevskoj kancelariji radi donošenja konačne odluke. Državna Konferencija je glede ovoga prijedloga 26. siječnja 1848. odlučila: “*das die Besetzung der Stelle eines Banus von Croazien auf unbestimmte Zeit zu vertagen sei*”, što je kralj Ferdinand V. potvrdio 2. veljače 1848. Vidi. Bečki državni arhiv. Staatskonferenz 103. (1848). Priopćava: Ferdo Šišić nav. dj. str. 39.



nije imala svoga predstavnika, jer je stolica varaždinskog velikog župana bila ispražnjena od 1845. godine. Od magnata su pravo sudjelovanja u radu Sabora imali: grofovi Antun i Aleksandar Erdődy, grofovi Ladislav, Marko i Petar Pejačević, odnosno grofovi Antun, Nikola i Pavao Sečen (Széchen).<sup>93</sup> U donjem domu su radu sabora sudjelovali grof Julije Janković, prvi podžupan te Aleksandar Farkaš (Farkas Sándor), glavni bilježnik iz Požeške županije, Ljudevit Salopek, drugi podžupan i Stjepan Delimanić, sudac iz Virovitičke županije, Ivan Dubravay, glavni bilježnik, Alojz Maršo (Marso Alajos), odvjetnik iz Srijemske županije, Antun Daniel Josipović, turopoljski župan, te Martin Komendo prepošt iz Bosansko-đakovačkog kaptola, odnosno kanonik Stjepan Mojzeš iz Zagrebačkog kaptola. Slobodne kraljevske gradove predstavljali su senator Ignac Andrijević iz Zagreba, glavni bilježnik Antun Melinčević iz Varaždina, Aleksandar Fodróczi županijski podbilježnik iz Križevaca, savjetnik Josip Ferenčić iz Koprivnice, savjetnik Jovan Obradović iz Karlovca, odvjetnik Svetozar Kušević iz Požege, odvjetnik Ivan Nepomuk Gregurč iz Senja. Grad i kotar Rijeku predstavljali su senatori Ivan Tosoni i Stjepan (István) Privicer, a grad Bakar Bartol Smajić (Zmajić).<sup>94</sup> Izočnu gospodu su u gornjem domu predstavljali (bez prava glasa): Károly Csegely (umjesto grofa Janka Draškovića i udovice grofa Ljudevita Sermagea), Zsigmond Csóka (umjesto valpovačkih baruna Gustava i Karla Prandaua), Janko Car (umjesto grofa Tome Keglevića i grofa Ivana Draškovića), Petar Novak (umjesto grofa Rudolfa Bedekovića), odnosno Franjo Verovski (umjesto grofova Ladislava i Pavla Pejačevića).

Saboru su pribivali i ugarski (hrvatski) Srbi, i to karlovački patrijarh Josif Rajačić, te pravoslavni episkopi: Pantelija Živković (aradski), Evgenije Jovanović (karlovački, plaščanski), Platon Atanacković (budimski) i Stefan Kragujević (pakrački). U donjem domu su predstavnici slobodnih kraljevskih gradova srpske nacionalnosti bili: savjetnik Jovan Hadžić iz Novoga Sada i gradski kapetan Stevan Kulundžić, glavni sudac David Konjović iz Sombora te građanin Đorđe Jovanović iz Temešvara.

Radikalizacija političkih odnosa i nacionalizam u Ugarskoj, kao i revolucionarni zanos koji je svojom govorničkom vještinom raspaljivao Lajos Kossuth očitovao se u zahtjevu da Ugarska ima biti jednakopravna Austriji s kojom se nalazi u personalnoj uniji. Kossuth je Ugarsku zamišljao kao demokratsku (a ne više stalešku) državu, s vladom odgovornom saboru narodnih zastupnika, a koja se prostire od Karpata do Jadrana i u njoj živi samo jedan politički narod, dakako mađarski. Kossuth je predložio neka zastupnici Peštanske županije na Ugarskom saboru proglase hrvatske poklisare nezakonitima, jer su izabrani od nezakonitog sabora bez plemića turopoljskih, kao i da se kralju pošalje posebna deputacija s molbom, neka ne potvrdi zaključke Hrvatskog sabora, nego neka sazove drugi

93 Ferdo Šišić tvrdi da se radilo o hrvatskoj obitelji podrijetlom iz okolice Karlovca, te se ona ne smije miješati s mađarskim grofovima iz obitelji Széchenyi. Vidi Ferdo Šišić: *Kako je Josip Jelačić postao banom?* Beograd, 1934, str. 20.

94 Dnevnici i zapisnici mađarskih sabora spominju ga pod imenom Bertalan Zmaics ili Szmaics.

zakoniti sabor, u kojemu će dakle biti i turopoljski plemići. Peštanska je županija prihvatila njegov prijedlog, ali kralj deputaciju nije primio, nego je ukorio Peštansku županiju zato što se miješa u stvari, koje se nje ne tiču.<sup>95</sup>

Stanje u Ugarskoj i Hrvatskoj uoči revolucionarne 1848. bilo je napeto do usijanja. Mađari su se spremali na osamostaljivanje, srbijanski agitatori su u Vojnoj krajini otvoreno zagovarali priključenje Srbiji, a hrvatski narod je bio prepolovljen na dva nepomirljiva tabora: ilirci su i dalje bili za jugoslavenstvo, za otpor Mađarima i potporu Beču, dok su „mađaroni” pristali uz Mađare i uz obranu svojih ustavnih prava, a protiv Austrije i ujedinjenja sa Srbijom. Ljudevit Gaj, koji se 1848. godine zadnji puta pojavio kao glavni protagonist političkih zbivanja u Hrvatskoj, u tome je razdoblju vodio vrlo živu aktivnost šaljući „vrlo zanimljiva izvješća” jednom Austriji, a drugi put Srbiji.<sup>96</sup> Opetovano se – na prijedloga turopoljskoga komeša Josipovića - pojavila pritužba Zagrebačke županije kojom su hrvatski nunciji optuženi da su izabrani na nezakonit način, uz isključenje plemstva, od nekakve skupštine od šezdeset ljudi. Hrvati su ponovo poricali Mađarima pravo raspravljanja i odlučivanja o ovome pitanju, ali je diaeta ipak prihvatila pritužbu i posebnom odboru pod predsjedanjem Lajosa Kossutha povjerila preispitati „hrvatske smutnje”. Na Kossuthov poziv da se nunciji pojave pred njim oni su to odbili poričući Mađarima pravo da se na diaeti prosuđuje pravovaljanost njihovih mandata. Ugarski sabor je 7. siječnja 1848. počeo raspravu o mađarskom jeziku i narodnosti u kojoj se ističe da se Ugarsko primorje u prometu s ugarskim vlastima može dopisivati samo na mađarskom jeziku, a u domaćim poslovima se uz mađarski jezik može služiti još i talijanskim jezikom. Požeškoj, Virovitičkoj i Srijemskoj županiji je ostavljen rok od šest godina nakon kojega moraju umjesto latinskog jezika koristiti mađarski. Zatraženo je da se ugarski grb i mađarski natpisi koriste u svim javnim ustanovama, u „ugarskim lukama i brodovima”, kao i da se koristi mađarska zastava kako u Ugarskoj, tako i u Hrvatskoj. Unatoč protivljenju hrvatskih poslanika Požunski je sabor prihvatio zakon i odredio je i obvezno učenje mađarskoga jezika u svim hrvatskim školama. Hrvatska je zamolila kralja neka uskrati sankciju narečenom zakonu. U međuvremenu je počela revolucija, pa je Ferdinand V. otpustio kneza Metternicha, proglasio je slobodu tiska i obećao je austrijskim narodima ustav na temelju odgovorne parlamentarne vlade. Ugarski je sabor potom – putem svečanoga izaslanstva pod vodstvom nadvojvode palatina Stjepana - zatražio ukidanje staleštva, sabor sastavljen od narodnih zastupnika, mađarsko domobranstvo, odgovornu i od Austrije neovisnu vladu, ukidanje cenzure, opće plaćanje poreza, ukidanje kmetstva, urbara i crkvene desetine. Kraljevim reskriptom od 17. ožujka 1848. Mađarima je obećana odgovorna vlada, koju je njezin predsjednik grof Lajos Batthyány imenovao 7. travnja. Kralj je 11. travnja sankcionirao zakone donesene u Požunskom saboru. Zakonski članak 5. propisivao je da će se od tada u saboru

95 Rudolf Horvat: *Najnovije doba hrvatske povijesti*, Zagreb, 1906. str. 89.

96 Hans Schitter: *Aus Österreichs Vormärz III, Ungarn*, Zürich-Leipzig-Wien 1920, bilj. 272, str. 157-158. Autor spominje kako je Ljudevit Gaj predao kancelaru Metternichu, izvješća o političkim prilikama u Srbiji, koju je s njegovim odobrenjem posjetio 1846. i 1847. godine.

koji se ima sazivati svake treće godine u Pešti Hrvatsku zastupati 18, Virovitičku županiju 4, Srijemsku 3, a Požešku sa slobodnim kraljevskim gradom Požegom 2 zastupnika, usto Hrvatsku krajinu 8, a Slavonsku krajinu 3 zastupnika. Zakonski članak o mađarskom jeziku i narodnosti nije dobio sanciju, tek je člankom 21. propisano da se „pridružene strane” mogu uz ugarske boje i grb služiti i svojim bojama i grbom. Kralj je zadnji ugarski staleški sabor zaključio 11. travnja kratkim govorom na mađarskom jeziku. Poslije toga su se hrvatski nunciji razočarani vratili kući, ocijenjujući događaje na državnom saboru i tamo donesene zakone kao tešku povredu svojih prava.

U međuvremenu je Josip Jelačić imenovan banom, te je okružnicom od 19. travnja odredio da hrvatske županije ne primaju više naloge od ugarskih vlasti. Tom je okružnicom Hrvatska prekinula sedamstoljetne veze s Ugarskom. Nakon što je karlovački (srpski) patrijarh Josif Rajačić u Zagrebu ustoličio bana, nunciji su po povratku u Zagreb podnijeli pisano izvješće u kojemu su istaknuli kako na Saboru nije donesena niti jedna odluka koja ne bi povrijedila hrvatski narod, njegova prava i teritorijalnu cjelovitost. Zaključili su kako se domovina nalazi u velikoj opasnosti.<sup>97</sup> Hrvatski je sabor primio na znanje izvješće svojih nuncija s Požunskoga sabora, ali nije proglasio zakone Ugarskoga sabora.

Doskora su Hrvati i Mađari prvi puta oružano sukobili tijekom svoje osamstoljetne povijesti. Hrvatsko-ugarska državna zajednica u iduća dva desetljeća de facto nije postojala (de iure ju je sveudilj povezivala osoba kralja i kruna kao simbol ustavnosti), te je obnovljena Hrvatsko-ugarskom nagodbom iz 1868. godine.

#### 4. ZAKLJUČAK

Uvođenje mađarskoga kao uredovnoga jezika u Ugarskoj umjesto „mrtvoga” latinskoga te nametnutoga njemačkoga jezika pokrenuto na državnome saboru 1790. godine, kada su se tome oduprli hrvatski nunciji. Oni su se desetljećima najoštrije suprotstavljali mađarskim nastojanjima, a kako kralj uglavnom nije sancionirao zakonske članke Požunskoga sabora za koje nisu glasovali hrvatski nunciji, to su se hrvatsko-ugarski odnosi početkom 1840-ih godina zaoštrili do usijanja. Budući da ugarski redovi i staleži nisu mogli ostvariti svoje nakane ukoliko njihove zakonske članke nije sankcionirao kralj, to je jačalo njihovo nezadovoljstvo prema bečkome dvoru koji je, naime, desetljećima odbijao udovoljiti željama Mađara zastupajući gledište da skoro polovina pučanstva Ugarske i Hrvatske (osim Hrvata još i Slovaci, Rumunji, Srbi i Nijemci) ne poznaje mađarski jezik, pa bi njegovo uvođenje u javni život otežavalo uredovanje u zemlji.

Pitanje uvođenja mađarskoga jezika doveo je do javnopavnoga prijepora s Ugarskom, ali i do podjele unutar hrvatskoga naroda na dvije suprotstavljene stranke: na narodnjake (bivše ilirce) koji su se zauzimali za povezivanje Hrvata i južnih Slavena, te tzv. unionista ili mađarona koji su bili za održavanje unije s

97 Ferdo Šišić n. dj. str. 21.

Ugarskom. Glede pitanja uvođenja mađarskoga jezika (ali i davanja jednakopravnosti protestantima u Hrvatskoj, te glede statusa Rijeke, Slavonije i Međimurja) su odnosi između dvaju naroda zaoštreni su do krajnjih granica na državnom saboru 1843-44. godine. Tada su Mađari već duboko zakoračili prema građanskome društvu, a Hrvati su braneći svoja municipalna prava sveudilj nastojali očuvati i feudalizam pojačavajući time nesuglasice s „bratskim narodom“ i postajući branom brojnim reformama. Napose je znakovita bila VI. zemaljska sjednica redova i staleža održana 20. lipnja 1843. na kojoj hrvatskom nunciju Metelu Ožegoviću mađarski zastupnici svojom galamom dugo nisu dopustili prozboriti jer je govorio na latinskom (kako je stajalo u njegovu naputku dobijenom od Hrvatskog sabora), a ne mađarskom jeziku, te su se nakon njegova ipak održanoga govora nunciji sveudilj javljali za riječ prosvjedujući zbog njegova čina. Poslije dugotrajnoga vijećanja redovi su potom na ovoj sjednici od 20. lipnja 1843. donijeli zaključak da se „na Zemaljskom saboru ne koristi drugi jezik do li mađarski“, ali ih je predsjedavajući kraljev personal István Szerencsy upozorio da je njime prekršeno municipalne pravo Hrvatske da daje naputke poklisarima, pa zato zaključak nije zakonit te ga ne preporučava.

Hrvatski sabor se ponovno sastao 18. listopada 1847. kako bi izabrao nuncije za Požunski sabor i dao im instrukcije. Bio je to zadnji staleški sabor na kojemu je saborski odbor 23. listopada 1847. zaključio da se narodni jezik ima uzvisiti na onu čast i valjanost koju je do tada uživao latinski jezik. Nunciji su pak dobili naputak da brane hrvatska *municipalna prava* i da: „*nikako ne dopuste uvođenje mađarskoga jezika kao nastavnoga, jer staleži i redovi žele da nastavni jezik bude naša narodni*“. No, „*kao dokaz bratske ljubavi prema ugarskoj braći*“ na Požunskom saboru su se nunciji imali služiti mađarskim jezikom.

Požunska diaeta otvorena je 12. studenoga od strane kralja Ferdinanda V. kojni je tom prigodom progovorio mađarski što je oduševilo Mađare i podgrijalo njihove nade u ostvarivanje samostalne države, ali je njihova borba za slobodu 1848/49. završena porazom. Tada su se Hrvati i Mađari tijekom svoje osamstoljetne povijesti prvi puta oružano sukobili. Hrvatsko-ugarska državna zajednica u iduća dva desetljeća de facto nije postojala (de iure ju je sveudilj povezivala osoba kralja i kruna kao simbol ustavnosti), te je obnovljena Hrvatsko-ugarskom nagodbom iz 1868. godine.

## Summary

### **INTRODUCTION OF THE HUNGARIAN LANGUAGE IN OFFICIAL USE IN HUNGARY AND THE ROLE OF THE CROATIAN NUNCIO IN POŽUN (BRATISLAVA) PARLIAMENT IN THE YEAR OF 1843/44.**

Until the collapse of the Austro-Hungarian Empire in 1918 two themes dominated in the Hungarian political life: nationality question and the so called Austrian question. The Croats had an important role and impact on both issues, particularly to the introduction of the Hungarian language as official in Hungary.

In time of national awakening in Hungary, and in response to the violent introduction of German language and germanisation in social and political life, the strive for the introduction of the Hungarian language in public use appeared instead of the „dead” Latin and imposed German language.

The question of the introduction of the Hungarian language as the official was initiated at the State Parliament in 1790, when it was resisted by the Croatian nuncios. The Hungarian orders and estates could not achieve their intentions if their legal papers were not sanctioned by the King himself, it made their dissatisfaction towards the Viennese court even stronger and which in fact, for decades refused to comply with the wishes of the Hungarians representing the view that almost half of the population of Hungary and Croatia (Slovaks, Romanians, Serbs and Germans) did not know the Hungarian language, so that its introduction into public life would be too difficult for managing the country. The Croats opposed for decades to the Hungarian desires and wishes and the Croatian-Hungarian relations in early 1840s sharpened to a boiling point. Specifically, the King did not use sanctions for legal articles of Požun Parliament that were not voted by the Croatian nuncios, since Croatia was an affiliated party from 1102. (*partes subjectae, partes adnexae*) or fraternal realm (*socio regna*) of the Hungarian kingdom.

In this thesis, on the basis of parliamentary documents and archival materials we study the role of the Croatian nuncio in the historic Požun(Bratislava) Parliament of 1843-44. when the linguistic and general public law debate reached a climax and caused disputes that were significantly influenced by the events in the year of 1848-49.

**Keywords:** *Požun(Bratislava) Parliament, the Hungarian official language, Croatian nuncios national awakening, Parliamentary Diary 1843/44, Metellus Ožegović, legal articles.*

## Zusammenfassung

### **DIE EINFÜHRUNG VON UNGARISCH ALS OFFIZIELLER SPRACHE IN UNGARN UND DIE ROLLE VON KROATISCHEN NUNZIEN IM PRESSBURGER PARLAMENT IN 1843/1844**

Bis zur Auflösung der österreichisch-ungarischen Monarchie dominierten zwei Themen im politischen Leben Ungarns: die Nationalitätsfrage und die sog. österreichische Frage. Die Kroaten übten eine große Rolle in beiden Fragen, insbesondere bezüglich der Einführung von Ungarisch als offizieller Sprache in Ungarn.

Zur Zeit der nationalen Erweckung in Ungarn ist als Reaktion zur aufgezwungenen Einführung von deutscher Sprache und zur allgemeinen Germanisierung des gesellschaftlichen und politischen Lebens die Tendenz zur Einführung von Ungarisch in den öffentlichen Sprachgebrauch anstatt des „toten“ Lateins und der aufgezwungenen deutschen Sprache erschienen.

Die Frage der Einführung von Ungarisch als offizieller Sprache hat sich im staatlichen Parlament im Jahr 1790 gestellt, als sich die kroatischen Nunzien der Frage widersetzen. Da die ungarischen Ränge und Schichten ihre Absichten nicht verwirklichen konnten, falls ihre Gesetzesartikel vom König nicht sanktioniert worden waren, stärkte das die Unzufriedenheit gegenüber dem Wiener Hof, welcher seit Jahrzehnten die Wünsche der Ungarn nicht zufrieden stellen wollte, dabei die Meinung vertretend, dass fast die Hälfte der Bevölkerung Ungarns und Kroatiens (außer auf Kroaten bezog sich das noch auf Slovaken, Rumänen, Serben und Deutschen) die ungarische Sprache nicht kennt, weshalb die Einführung von Ungarisch in das öffentliche Leben das Vorgehen im Land erschwert hätte. Seit Jahrzehnten haben sich die Kroaten dem Wunsch der Ungarn widersetzt; demzufolge verschärften sich die kroatisch-ungarischen Beziehungen anfangs 1840er. Der König hatte die Gesetzesartikel des Parlaments in Preßburg, für welche die kroatischen Nunzien nicht stimmten, nicht sanktioniert, da Kroatien seit 1102 *partes adnexae* bzw. *socia regna* des ungarischen Königreichs war.

In dieser Arbeit beschäftigt man sich mit der Erforschung der Rolle von kroatischen Nunzien im historischen Parlament in Preßburg 1843-1843, als die sprachlichen und öffentlichen Diskussionen den Höhepunkt erreichten und Streitigkeiten verursachten, welche die Ereignisse 1848-49 stark beeinflusst haben.

**Schlüsselwörter:** *Preßburger Parlament, Ungarisch als offizielle Sprache, kroatische Nunzien, nationale Erweckung, Tagebuch des Parlaments 1843/44, Metel Ožegović, Gesetzesartikel.*

## Riassunto

**L'INTRODUZIONE DELLA LINGUA UNGHERESE  
NELL'UTILIZZO UFFICIALE IN UNGHERIA ED IL RUOLO DEI  
NUNZI CROATI NEL PARLAMENTO DI POŽUN (BRATISLAVA)  
NEGLI ANNI 1843/44.**

Fino allo sgretolamento della monarchia austro-ungarica nel 1918 sulla scena politica dell'Ungheria dominavano due temi: la questione della nazionalità e la c.d. questione austriaca. I croati avevano un ruolo importante ed influente in entrambe le questioni: in particolare modo circa l'introduzione dell'ungherese quale lingua ufficiale in Ungheria.

Ai tempi del risveglio nazionale in Ungheria in reazione all'introduzione coatta della lingua tedesca ed alla generale germanizzazione della vita sociale e politica sorse la tendenza volta all'introduzione della lingua ungherese nell'utilizzo pubblico in luogo della lingua latina „morta” o dell'imposta lingua tedesca.

La questione dell'introduzione dell'ungherese quale lingua ufficiale venne sollevata nel Parlamento statale nel 1790 quando a ciò si opposero i nunzi croati. Le classi e caste ungheresi non potevano realizzare i propri intenti se i loro articoli di legge non erano approvati dal re; il che accresceva la loro insoddisfazione nei confronti della corte viennese, la quale da decenni rifiutava di esaudire i desideri degli Ungheresi, asserendo che quasi la metà della popolazione dell'Ungheria e della Croazia (oltre ai croati, anche gli slovacchi, rumeni, serbi e tedeschi) non conoscessero la lingua ungherese, cosicché la sua introduzione nella vita pubblica avrebbe reso più complesso governare nel paese. Ai desideri degli ungheresi per decenni furono accessamente contrari i croati, sicché i rapporti croato-ungheresi agli inizi degli anni quaranta del diciannovesimo secolo si compromisero seriamente. Precisamente, il re non era solito approvare gli articoli di legge del Parlamento di Požun (Bratislava) per i quali non avessero votato i nunzi croati, poiché la Croazia dal 1102 era considerata *partes subjectae, partes adnexae*, ovvero *socia regna* della monarchia ungherese.

Nel presente lavoro sulla base degli atti parlamentari e dei materiali d'archivio ci occupiamo d'indagare sul ruolo ricoperto dai nunzi croati nel Parlamento di Požun degli anni 1843-44 quando le discussioni sulla lingua ed in generale raggiunsero il loro culmine e cagionarono gli eventi che seguirono negli anni 1848-49.

**Parole chiave:** *Parlamento di Požun (Bratislava), lingua ufficiale ungherese, nunzi croati, risveglio nazionale, diari parlamentari 1843/44, Metel Ožegović, articoli di legge.*

## PITANJA PRAVNOG TRANSPLANTIRANJA STEČAJNOG ZAKONODAVSTVA: KOLIZIJA PRAVNE TRADICIJE I EKONOMSKIH ČIMBENIKA

Dr. sc. Ivana Tomas Žiković, asistent  
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Rijeci  
Dr. sc. Dejan Bodul, viši asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci  
Nataša Tomas mag. iur, korporativni pravnik  
Rijeka

UDK: 347.952  
Ur.: 24. lipnja 2014.  
Pr.: 14. studenoga 2014.  
Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Globalizacijom tržišta, modernizacija stečajnog postupka dobiva na značaju. Ovom problemskom pitanju sve veću pažnju posvećuju i razne međunarodne institucije (World Bank, UNCITRAL, MMF, American Law Institute), a polako dolazi i do usklađivanja regulative. Polazište za nove insolventijske/stečajne propise odabranih zemalja (Češke, Slovačke, Poljske, Slovenije i Hrvatske) bio je njemački Insolventijski zakon (Insolvenzordnung) iz 1994. (vacatio legis do 1999.) koji je i sam značajno izmijenio njemačko insolventijsko zakonodavstvo. Osobitosti novih zakona odabranih (post)tranzicijskih zemalja su takve da je regulativa iz ove grane prava sada u velikoj mjeri usklađena s modernim svjetskim rješenjima. Međutim, neovisno o navedenom, pri provedbi stečajnog zakonodavstva (post)tranzicijske države suočavaju se sa sličnim problemima. Posljednje novele zakona u odabranim državama išle su u smjeru funkcionalizacije stečajno pravne zaštite, smanjenjem opterećenosti sudova te uvođenjem neformalnih izvansudskih (stečajnih) postupaka. Naime, analiza je ukazala da tehnika provođenja formalnog stečajnog postupka nije dala pomake i da se u stečajni postupak ide, u pravilu, bez plana restrukturiranja, a od pokretanja stečajnog postupka do donošenja plana prođu godine. Jednako se tako ističe kako je primjena pozitivnog stečajnog zakonodavstva odabranih zemalja dovela, u pravilu, do likvidacije pravne osobe (tzv. likvidacijski stečaj) te da u njemačkom, pa i u europskom, pravnom krugu postoji tendencija pokretanja postupka restrukturiranja i opstanka dužnika po uzoru na glavu II. Stečajnog zakonika SAD-a. Ono što autori žele naglasiti je kako navedeno ne znači da se strana prava proizvoljno mogu miješati ili izravno transplantirati, radi stvaranja „novog“ prava. Ukazuju na neophodnost jasne orijentacije na temelju jednog određenoga prava jer nedovršeni pristup, koji teži objedinjavanju pojedinačnih, dobro riješenih instituta iz različitih pravnih sistema, u jednom novom zakonu, umjesto da rješava stvari, zapravo samo stvara probleme koji*



se daju izbjeći. Takav „jasan“ nomotehnički pristup autori smatraju posebno bitnim u Republici Hrvatskoj jer se raspolože s malo vremena i malo sredstava te zbog toga što se time omogućava korištenje inozemne judikature i literature kao pomoćnog sredstva u rješavanju problema koji se javljaju u transplantiranju stranih pravnih rješenja.

**Ključne riječi:** *insolventijsko/stečajno pravo, pravno transplantiranje, smjernice za RH.*

## 1. UVODNA RAZMATRANJA

Pravni transplantati (eng. *Legal Transplants*, njem. *Rechtsverpflanzung/ Rechtsnormrezeption/ Rezeption*, fran. *L'acculturation du droit*, slov. *Pravni transplant*, tal. *Transplazione legale*) predstavljaju prenošenje sustava prava i pravila iz jedne zemlje u drugu.<sup>1</sup> Kao pravna pojava, oduvijek je prisutna u pravnoj povijesti, a posebno je dobilo na izražaju u uvjetima stvaranja velikih ekonomskih integracija, kao što je EU.<sup>2</sup> Dakle, pravni transplantati aktualni su i danas, kada se sve više govori o „nekom novom“ nadnacionalnom (transnacionalnom) pravu EU-a.

Proces transplantacije prava također je dijelom ekonomski uvjetovan, a odigrava se u formi „europeizacije“ pravne regulative. Štoviše, kroz praksu institucija EU-a (i europskih sudova)<sup>3</sup> postupno nastaje jedinstveno privatno pravo

1 O pojmu detaljnije, FEDTKE, Joerg, *Legal transplants*, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, SMITS, Jan M., (ed.), Cheltenham, 2006., str. 343.

2 Prema *Watsonovoj* teoriji konvergencije, pravo se razvija nezavisno o društvu, pa je stoga i moguće prenošenje sustava prava. Detaljnije, WATSON, Alan, *Legal Transplants - An Approach to Comparative Law*, University of Virginia, 1974., str. 50-67. Nasuprot njemu, dio doktrine smatra kako je pravo „ogledalo naroda“, tj. plod „narodnog duha“, pa je prema tomu nužno da bude različito za svaki narod. Ovo drugo shvaćanje zastupali su predstavnici povijesno-pravne škole koja se razvila u Njemačkoj u XIX. stoljeću, a kao odgovor na školu prirodnog prava, koja se zasniva na ideji univerzalnoga prava koje vrijedi za sve narode i za sva vremena. Vidi, AVRAMOVIĆ, Sima, *Uporedna pravna tradicija*, Beograd, 2008.; ČEPULO, Dalibor, *Vladavina prava i pravna država – europska i hrvatska pravna tradicija i suvremena zbilja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 51, 2001., br. 6, str. 1337-1356.; te EWALD, William, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995., no. 4, str. 489-510. Za druga stajališta, LEGRAND, Pierre, *The Impossibility of „Legal Transplants“*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, 1997., str. 111.

3 Naša judikatura i općenito pravnička struka moraju prihvatiti činjenicu da se preko sustava europskih sudova afirmira načelo precedentnog prava i time sudske prakse kao formalnog izvora prava, što od nje zahtijeva pojačanu pozornost u praćenju i tog izvora prava. U tom pogledu doktrina naznačuje kako osobitu pomoć sudskoj praksi mora dati i pravna znanost, koja će za to biti sposobna samo pod pretpostavkom da sveučilišta i dalje ostanu znanstvene institucije, a ne samo obrazovne „radionice“, a što je nekritičkom primjenom, tzv. bolonjskog procesa dovedeno u pitanje. Vidi, *Proces preobrazbe hrvatskoga visokoobrazovnog sustava*, Zbornik koautorskih radova nastavnika Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i studenata, MIHELČIĆ, Gabrijela, MIŠČENIĆ, Emilia, HADŽIMANOVIĆ, Nataša, BODUL, Dejan, (ur.), *Pravni fakultet, Rijeka*, 2014.

EU-a (*ius commune europaeum*), koje će imati mješovita obilježja.<sup>4</sup> Posljedično, u pojedinim državama su izgrađeni jedinstveni pravni standardi,<sup>5</sup> pa čak i konkretna nadnacionalna pravila.<sup>6</sup>

Ipak dio doktrine zaziva „otpor“, smatrajući „europeizaciju“ prava sinonimom za „denacionalizaciju“ privatnog prava. Pritom ukazuje na potrebu opreza zbog evidentne promjene karaktera prava, posebno u području korporativnog prava (pa i stečaja), s obzirom na činjenicu da široko korištenje pravnih standarda kao metode reguliranja umjesto konkretnih pravila i jačanje izvora, tzv. mekog prava (*soft law*), posebno u uvjetima ekonomske krize ne može („u našim prilikama kulture estrade i spektakla“<sup>7</sup>) voditi jačanju pravne sigurnosti. Posebno stoga što naša, dakle kontinentalna, sudska praksa nije osposobljena da se po hitnom postupka transformira od prakse „pozitivizma“ u praksu „kreativizma“.<sup>8</sup>

- 
- 4 Naime, doktrina ukazuje kako pravo EU često i samo nije koherentno zbog teškoća koje proizlaze iz činjenice da je riječ o dvije, u velikoj mjeri različite pravne tradicije, angloameričkoj i kontinentalnoj, koje se pretaču u jedinstvene pravne institute, a s druge strane kompromisi koji se rade pri implementaciji propisa također utječu na njihovu kvalitetu. Uz to, često je riječ o sustavu regulative koji utvrđuje samo minimalne standarde, a izbor izvan toga ostaje na nacionalnim zakonodavcima, što aktualizira važnost i kvalitetu domaće pravničke struke, koja treba pokazati umješnost u transplantiranju izvornih rješenja ili pravilnom izboru nacionalne regulative koja je u smislu „duha naroda“ i lokalne pravne kulture pogodna za pravno transplantiranje. Vidi, Poruke s XVIII. susretu pravnika u gospodarstvu, održano u Vrnjačkoj Banji od 13. do 15. ožujka 2009., tradicionalnom mjestu okupljanja pravnika, s temom „Poslovno pravo i europske integracije“, u prisustvu oko 400 sudionika (pravnika iz gospodarstva, pravosuđa, uprave i drugih organizacija), uz sudjelovanje podnositelja referata iz zemlje, kao i iz Njemačke, Makedonije, Hrvatske, Slovenije, Mađarske, Crne Gore i Republike Srpske, Federacije Bosne i Hercegovine.
- 5 O pravnim standardima, BELJANSKI, Slobodan, *Međunarodni pravni standardi o krivičnom postupku*, Centar za ljudska prava, Beograd, 2011., str. 1-34.
- 6 Od posebnog je interesa za razvoj prava EU-a, kao i za razumijevanje učinaka direktiva u nacionalnom pravu država članica, pitanje nadležnosti Europskog suda o odlučivanju u prethodnim pitanjima koja mu upućuju nacionalni sudovi. Podrobnije, RODIN, Siniša, ČAPETA, Tamara, *Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu s izabranim presudama Europskog suda u punom tekstu i komentarom*, Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, 2008., str. 16. *et seq.*
- 7 Tako KUSIĆ, Zvonko, predsjednik Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti (HAZU).
- 8 Kao primjer može poslužiti legislativna povijest Uredbe Vijeća (EZ) br. 1346/2000 od 29. svibnja 2000. o insolventijskim/stečajnim postupcima (Sl. list, br. 160, 30.06.2000. str. 1-18., stupila na snagu 31.5.2002.). *De facto* osnovni elementi zakonskih okvira za insolventijski/stečajni postupak vrlo su različiti od zemlje do zemlje, pa čak i u zakonima koji su izmijenjeni u prošlom desetljeću, primjerice u Francuskoj, Belgiji, Njemačkoj ili Italiji. Engleska i Škotska izmijenile su i dopunile svoje zakone, dok se isto dogodilo i u Španjolskoj, Poljskoj i Nizozemskoj. Stanje je takvo da neke od zemalja imaju čitav niz različitih stečajnih postupaka (Danska, Engleska, Italija, Nizozemska, Škotska) koji su nerijetko definirani u više zakona i podzakonskih akata, dok druge zemlje imaju samo jedan, jasan i pregledan, zakonski tekst koji uređuje materiju stečajnog/insolventijskog postupka (primjerice, Njemačka i Francuska). Da bi se stekao uvid u kompleksnost materije dovoljno je reći kako Uredba 1346/2000, uvjetno rečeno, usuglašava pravila iz 54 različita modela stečajnih postupaka, a još nismo ni spomenuli problem, primjerice, opsega primjene. Stoga posljedično u njoj postoje fleksibilna i manje razgovijetna pravila, koja iako predstavljaju pravni standard,

Ipak, smatramo da članstvo odabranih (post)tranzicijskih država (Češka, Slovačka, Poljska, Slovenija i Hrvatska) u EU ima svoje snažno pravno utemeljenje<sup>9</sup> jer pripadaju kontinentalnoj školi prava zasnovanoj, prvotno, na recepciji rimskog prava, a kasnije njemačkog prava.<sup>10</sup> Štoviše, akademska i stručna javnost navedenih zemalja uvjerenja je kako harmonizacija regulative, posebno stečajno-pravne u najširem smislu riječi, s regulativom zemalja EU-a nije sama sebi svrha, već ima snažno ekonomsko opravdanje.<sup>11</sup> U tom kontekstu posebno se ukazuje na

---

pružaju mogućnost da se od njih odstupa ili da se bira između „manje dobrih“ ili „boljih puteva“. Tako, BALTIĆ, Miloš, Načela evropskog stečajnog prava sa posebnim osvrtom na evropsku regulativu o stečajnim postupcima, *Revija za evropsko pravo*, vol. 5, 2003., br. 1-3, str. 43-63. Isto vidi GARAŠIĆ, Jasnica, *Europska uredba o insolventijskim postupcima*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 26, 2005., br. 1, str. 257-305. te BODUL, Dejan, VUKOVIĆ, Ante, *Prilog raspravi o uvođenju potrošačkog stečaja: neka pitanja potrošačkog stečaja s međunarodnim/prekograničnim elementom*, *Hrvatska pravna revija*, 2013., br. 7/8, str. 61-68.

- 9 Isto tako i povijesno, kulturno, ekonomsko te političko. Podrobnije, MARTIN, Natalie, *The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation*, *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 29, 2005., no. 1, str. 1-78.
- 10 Vidi, RAYMOND AZAR, Ziad, *Bankruptcy Policy: A Review and Critique of Bankruptcy Statutes and Practices in Fifty Countries Worldwide*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 16, 2008., no. 1, str. 282. *et seq.*
- 11 Odnos između pravne zaštite investitora i razvijenosti tržišta kapitala na uzorku od 49 država istražili su *La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer i Vishny* (LA PORTA, Rafael, LOPEZ-DE SILANES, Florencio, SHLEIFER, Andrei, VISHNY, R. Robert, *Legal Determinants of External Finance*, *The Journal of Finance*, vol. 52, 1997., no. 3, str. 1131-1150. te *id.*, *Law and Finance*, *Journal of Political Economy*, vol. 106, 1998., no. 6, str. 1113-1155.). Krenuli su od teze da je učinkoviti pravni sustav ključan za razvoj financijskog tržišta koje je preduvjet ekonomskog rasta. Pokazali su da države koje pripadaju različitim pravnim tradicijama pružaju različitu razinu zakonske zaštite vjerovnicima i dužnicima (većina država u svojim stečajnim zakonodavstvima vuče podrijetlo iz engleskog, njemačkog ili francuskog izvornika stečajnog zakona. Iako su u početku u američkom stečajnom zakonodavstvu (1800. godina) preuzete odredbe iz engleskog izvornika, kasnije je došlo do njihovog odstupanja. Engleski stečajni zakon više je naklonjen vjerovnicima što je imalo za posljedicu veći broj likvidacija poduzeća. Glava 11. američkog Stečajnog zakonika je više naklonjena dužnicima i bilježi daleko veći broj restrukturiranja poduzeća. Nedavne promjene u britanskom i njemačkom stečajnom zakonodavstvu imale su za cilj veće stope oporavka poduzeća te su se u tom pogledu približile američkom stečajnom zakonodavstvu (CLAESSENS, Stijn, DJANKOV, Simeon, MODY, Ashoka, *Resolution of Financial Distress: An Overview*, *World Bank, WBI Development Studies*, 2001., str. 1-27.)). Tako države koje vuku podrijetlo iz njemačkog stečajnog zakonodavstva pružaju najvišu razinu zaštite vjerovnicima, dok su one čije je stečajno zakonodavstvo pisano po uzoru na francusko zakonodavstvo najviše naklonjene dužnicima. Štoviše, u Francuskoj se za reorganizaciju koristi termin „redresman“ koji ima značenje oporavak ili podizanje, čime se naglašava cilj i svrha postupka. To rezultira da su tržišta kapitala (vlasnička i dužnička) uglavnom manje likvidna u državama čije stečajno zakonodavstvo potječe iz francuskog izvornika. Veći pristup kapitala imat će poduzeća u državama s jačom pravnom zaštitom vjerovnika i investitora. BERKOWITZ, Daniel, PISTOR, Katharina, RICHARD, Jean-Francois (*Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, *European Economic Review*, vol. 47, 2003., no. 1, str. 165-195.) su nastavili njihovo istraživanje na istom uzorku država i istaknuli da je način na koji je izvornik

brojne nedorečenosti dosadašnje stečajne regulative i potrebu čestih intervencija zakonodavca, zalažući se da nova regulativa treba osigurati učinkoviti sustav razmjernog namirenja, maksimizirati vrijednost imovine, odnosno dužnika, uspostaviti ravnotežu između likvidacijskog stečaja<sup>12</sup> i spašavanja (restrukturiranja, preustroja, rehabilitacije, predstečajne nagodbe, reorganizacije, odnosno stečajnog plana), stvoriti poticaje za pravovremeno pokretanje stečaja, osigurati jednak tretman i ravnopravnost vjerovnika, što bi u konačnici rezultiralo transparentnim i predvidljivim gospodarskim okruženjem.<sup>13</sup>

---

prenesen u stečajno zakonodavstvo druge države važniji od samog odabira izvornika. Kod država koje su prilagodile zakonodavstvo specifičnostima iz svog okruženja i/ili su već prije bile upoznate s osnovnim načelima izvornika zabilježena je učinkovitija provedba u odnosu na države koje su jednostavno prepisale odredbe stranog prava u svoja stečajna zakonodavstva bez prethodne pripreme pravnih institucija. Prema autorima proces „prenošenja“ (receptije, implementacije) izvornika u stečajno zakonodavstvo ima jači utjecaj na ekonomski razvoj (preko učinkovite provedbe zakona) u odnosu na odabir konkretnog izvornika. To se posebice pokazalo značajnim u tranzicijskim gospodarstvima, gdje su iskustva s pravnim reformama pokazala da je uvođenje novih zakona koji su neprilagođeni lokalnim specifičnostima dovelo do manjka povjerenja u njegovu provedbu i nisku razinu izvršenja. Prvu sveobuhvatnu analizu utjecaja razine pravne zaštite vjerovnika na dostupnost vanjskog financiranja za poduzeća u tranzicijskim gospodarstvima napravili su *Pistor, Raiser i Gelfer* (PISTOR, Katharina, RAISER, Martin, GELFER, Stanislaw, *Law and Finance in Transition Economies, The Economics of Transition*, vol. 8, 2000., str. 325-368.). U uzorku su bile obuhvaćene države podijeljene u sljedeće tri regije: 1) CEE i Baltičke države: Hrvatska, Češka, Estonija, Mađarska, Latvija, Litva, Poljska, Slovačka, Slovenija, 2) Jugoistočna Europa: Albanija, Bosna i Hercegovina, Bugarska, Rumunjska, Makedonija, 3) CIS: Armenija, Azerbajdžan, Bjelorusija, Kazahstan, Kirgistan, Moldavija, Rusija, Ukrajina i Uzbekistan). Dokazali su da učinkovitost pravnih institucija u provedbi zakona puno jače utječe na dostupnost vanjskog financiranja za poduzeća u odnosu na pisano zakonodavstvo, unatoč zakonskim promjenama kojima je ojačana pozicija vjerovnika. Glavni je zaključak da opsežne zakonske reforme nisu dovoljne za razvoj učinkovitih pravnih i tržišnih institucija u tranzicijskim državama, niti se slabo korporativno upravljanje može riješiti samo radikalnim poboljšanjem pravnog okvira za zaštitu investitora i vjerovnika. Premda su LA PORTA, LOPEZ-DE SILANES, SHLEIFER, VISHNY, u analizi prava i financija u 49 država diljem svijeta zaključili da djelotvorna provedba zakona nije zamjena za oskudno stečajno zakonodavstvo, iskustva u (post)tranzicijskim državama su obrnuta: dobro napisani zakoni ne mogu biti zamjena za slabu provedbu zakona od strane ključnih institucija.

- 12 Pod navedenim pojmom u radu se misli na postupak koji se provodi radi skupnog namirenja vjerovnika stečajnog dužnika, unovčenjem njegove imovine i podjelom prikupljenih sredstava vjerovnicima. Taj postupak moramo razlikovati od likvidacije (što nije predmet rada) koja je definirana, primjerice u hrvatskom pravu Zakonom o trgovačkim društvima (NN, br. 111/93., 34/99., 121/99. - vjerodostojno tumačenje, 52/00. - Odluka USRH, 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 152/11. - pročišćeni tekst, 111/12. i 68/13. - dalje: ZTD), čl. 113-128., a odnosi se na 100 % namirenje vjerovnika i provodi ga uprava/upravni odbor društva.
- 13 Vidi, SHUCHMAN, Philip, *Theory and Reality in Bankruptcy - The Spherical Chicken*, *Law & Contemporary Problems*, Autumn, 1977., str. 66-105.

## 2. USPOREDNI PRIKAZ ODREDNICA STEČAJNOG ZAKONA U ODABRANIM (POST)TRANZICIJSKIM DRŽAVAMA I SAVEZNOJ REPUBLICI NJEMAČKOJ

Da bi stečajni zakon bio učinkovit, moraju postojati jasni i mjerljivi kriteriji koji će omogućiti prepoznavanje poduzeća u poteškoćama i njihovo daljnje „procesuiranje“.<sup>14</sup> Osim toga, namjera kriterija, koje ispunjavaju subjekti nad kojima je potrebno pokrenuti stečajni postupak, je omogućiti pravovremenu zaštitu interesa vjerovnika (i zaposlenih).

U nastavku je dan prikaz stečajnih razloga ili kriterija za pokretanje stečajnog postupka nad poduzećima u odabranim tranzicijskim državama i Njemačkoj.

**Tablica 1:** *Stečajni razlozi (ili kriteriji za pokretanje stečajnog postupka) u odabranim (post)tranzicijskim državama i Njemačkoj*

Država	Stečajni razlozi		
	Insolventnost ( <i>illiquidity</i> - <i>cash flow test</i> )	Prezaduženost ( <i>over-indebteness</i> - <i>balance sheet test</i> )	Prijeteća insolventnost ( <i>imminent illiquidity</i> )
Češka	Da	Da	Da
Hrvatska <sup>15</sup>	Da	Da	Da
Njemačka	Da	Da	Da
Poljska	Da	Da	Da
Slovačka	Da	Da	Ne
Slovenija	Da	Da	Da

**Izvor:** Balcerowicz *et. al.* (2003.) i nove izmjene i dopune Stečajnih zakona odabranih država

Pitanje, kada se dolazi u stanje insolventnosti nije jedinstveno regulirano u svjetskoj praksi, tj. razlozi kojima se utvrđuje insolventnost, postojanje stečajnih razloga i otvaranje stečajnog postupka razlikuju se među zakonodavstvima različitih zemalja. U odabranim državama primjenjuju se tri različita stečajna kriterija i to:

Kriterij *insolventnosti* (kriterij novčanog tijeka ili „*cash flow*“ kriterij). Prema ovom kriteriju poduzeća su insolventna ako nisu u mogućnosti platiti dospjele dugove.

14 U navedenom kontekstu sintagma poduzeća u skladu je s istovjetnim pojmom u srednjoeuropskim pravnim sustavima. To je koncept po kojemu je poduzeće sredstvo za djelovanje trgovačkog društva, odnosno imovinska i radnu cjelina ili trajniji gospodarski pothvat koji pripada nositelju poduzeća. Vidi ZTD, čl. 23., st. 1., čl. 30., st. 2., čl. 55., st. 1. i čl. 56. st. 1.

15 Nakon donošenja Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, usvojene su i izmjene i dopune Stečajnog zakona (NN, br. 133/12.), a primjenjuju se većinom u postupcima koji su pokrenuti nakon stupanja na snagu te izmjene. Uz niz izmjena implementiran je i stečajni razlog nelikvidnosti (čl. 4., st. 3., 4. i 5. SZ). Vidi ČUVELJAK, Jelena, *Novosti u Stečajnom zakonu, Računovodstvo, revizija i financije, 2014.*, br. 1, str. 18.

Kriterij *prezaduženosti* (bilančni kriterij). Poduzeća ispunjavaju ovaj kriterij ako je vrijednost njihove imovine niža od ukupnih obveza.

Kriterij *prijeteće insolventnosti*. Kod ovog kriterija, menadžment (uprava/upravni odbor) subjekta smatra da poduzeće neće biti u mogućnosti podmiriti dospjele obveze u budućnosti. Ovo je noviji stečajni kriterij kojem je glavni cilj omogućiti pravovremeno pokretanje stečajnog postupka.

S obzirom na ograničen pristup informacijama o poslovanju poduzeća, jedino dužnik i uprava poduzeća su u mogućnosti pozvati se na ovaj kriterij.

Sve analizirane države primjenjuju prva dva stečajna kriterija, dok kriterij *prijeteće insolventnosti* primjenjuju sve države osim Slovačke (Češka ga je počela primjenjivati od 2008., a Slovenija od 2014.).

Pravna regulativa i vremenski rok u kojem je potrebno pokrenuti stečajni postupak prikazani su u tablici 2. Posljednjim izmjenama zakona u odabranim državama, uveden je i institut predstečajne nagodbe čija je glavna namjena povećanje stope „preživljavanja“ poduzeća u financijskim poteškoćama. Stoga je pored prava na pokretanje stečajnog postupka, u tablici prikazano i pravo na pokretanje predstečajne nagodbe za odabrane države.

Pravovremeno pokretanje stečajnog postupka značajno je za mogućnost opstanka poduzeća i namirenja vjerovnika. Kako bi se izbjegle neželjene posljedice za poduzeća i vjerovnike, nužno je da svi sudionici pravovremeno pokreću postupak. Stečajni zakon u svim državama obvezuje dužnika (to se najčešće odnosi na upravu poduzeća dužnika), na pravovremeno pokretanje stečajnog postupka jer oni *de lege lata* imaju najbolji uvid u poslovanje i neposredne opasnosti koje prijete poduzeću.<sup>16</sup>

U svim državama i dužnik i vjerovnici imaju pravo podnijeti zahtjev za pokretanje stečaja poduzeća. U nekim državama, poput Poljske, Slovačke, stečaj mogu pokrenuti i sudionici, kao primjerice likvidatori. Osim u Češkoj, u svim preostalim državama, dužnici su obvezni dati prijedlog za pokretanje stečajnog postupka unutar određenog razdoblja u rasponu od četrnaest dana (Poljska) do šezdeset dana (Slovenija). U Češkoj, menadžer/vlasnici nemaju specificiran rok za pokretanje stečajnog postupka, ali ga moraju pokrenuti bez odgađanja nakon što utvrde da je poduzeće insolventno (*Insolvency Code*, čl. 98., st. 1.).

U svim državama, dužnik je odgovoran za podnošenje prijedloga za pokretanje modela postupka predstečajne nagodbe, kojim se omogućava postizanje sporazuma između dužnika i potrebne većine vjerovnika (najčešće izvan suda).

16 COUWENBERG, Oscar, *Survival Rates in Bankruptcy Systems: Overlooking the Evidence*, Department of Economics and Public Finance, Faculty of Law, University of Groningen, 2001. Dostupno na mrežnim stranicama: <http://ideas.Repec.org/p/dgr/rugsom/01e15.html> (17.3.2014.).

**Tablica 2:** *Pravo za pokretanje stečajnog postupka i postupka predstečajne nagodbe u odabranim tranzicijskim državama i Njemačkoj*

Država	Stečajni postupak	Vremenski rok	Postupak predstečajne nagodbe
Češka	Dužnik/Vjerovnik <sup>17</sup>	Nije specificiran rok	Dužnik
Hrvatska	Dužnik/Vjerovnik <sup>18</sup>	61 od nastanka nelikvid./ 21 dan od nast. insolv., osim ako nije pokrenut post. predsteč. nag.	Dužnik
Njemačka	Dužnik/Vjerovnik <sup>19</sup>	Unutar 21 dana	Dužnik
Poljska	Dužnik/Vjerovnik/Likvidator <sup>20</sup>	Unutar 14 dana	Dužnik
Slovačka	Dužnik/Vjerovnik/Likvidator <sup>21</sup>	Unutar 30 dana	Dužnik
Slovenija	Dužnik/Vjerovnik/Osobno odgovoran dioničar/Povjerenik nakon neuspjele nag./JPS <sup>22</sup>	Unutar 60 dana	Dužnik <sup>23</sup>

**Izvor:** Izradili autori prema Stečajnim zakonima odabranih država.

Dobro osmišljeni stečajni zakon ima za cilj sprječavanje smanjenja vrijednosti imovine radi što većeg namirenja potraživanja vjerovnika likvidacijskim stečajem ili reorganizacijom poduzeća. Iako je postupak likvidacije poduzeća brži postupak kroz koji se vjerovnici u pravilu prije namiruju, to ne mora nužno biti optimalno rješenje za sve uključene strane. Reorganizacija pruža mogućnost preživljavanja

17 Češka: u slučaju prijeteće insolventnosti isključivo dužnik može pokrenuti stečajni postupak (IC - *Insolvency Code* 182/06., čl. 97., st. 2., stupio na snagu 1.1.2008.). Daljnje izmjene *Insolvency Coda* stupile su na snagu 2009. i 2011.

18 Hrvatska: sukladno odredbama Stečajnog zakona (NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12., čl. 39., st. 1.) prijedlog za pokretanje stečaja mogu podnijeti dužnik i vjerovnik. Međutim, ako u postupku predstečajne nagodbe ne dođe do dogovora s dužnika s vjerovnicima, FINA je također ovlaštena podnijeti prijedlog za pokretanje stečajnog postupka nad dužnikom (Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, (NN, br. 108/12., 144/12., 81/13. i 112/13.), čl. 27., st. 4.

19 Njemačka: *Germany's Insolvency Act (Insolvenzordnung)*, Bundesgesetzblatt, 1994., I, str. 2866; posljednja izmjena Bundesgesetzblatt, 2011., I, str. 2854. U Njemačkoj dužnik i vjerovnik mogu pokrenuti stečaj, ali u slučaju prijeteće insolventnosti, stečaj može pokrenuti isključivo dužnik.

20 Poljska: *Bankruptcy and Recovery Law* iz 2003. i reforma Zakona od 31. ožujka 2009. (čl. 21).

21 Slovačka: *Act on Bankruptcy and Restructuring* 7/2005, (čl. 11.). Zakon stupio na snagu 1. siječnja 2006.

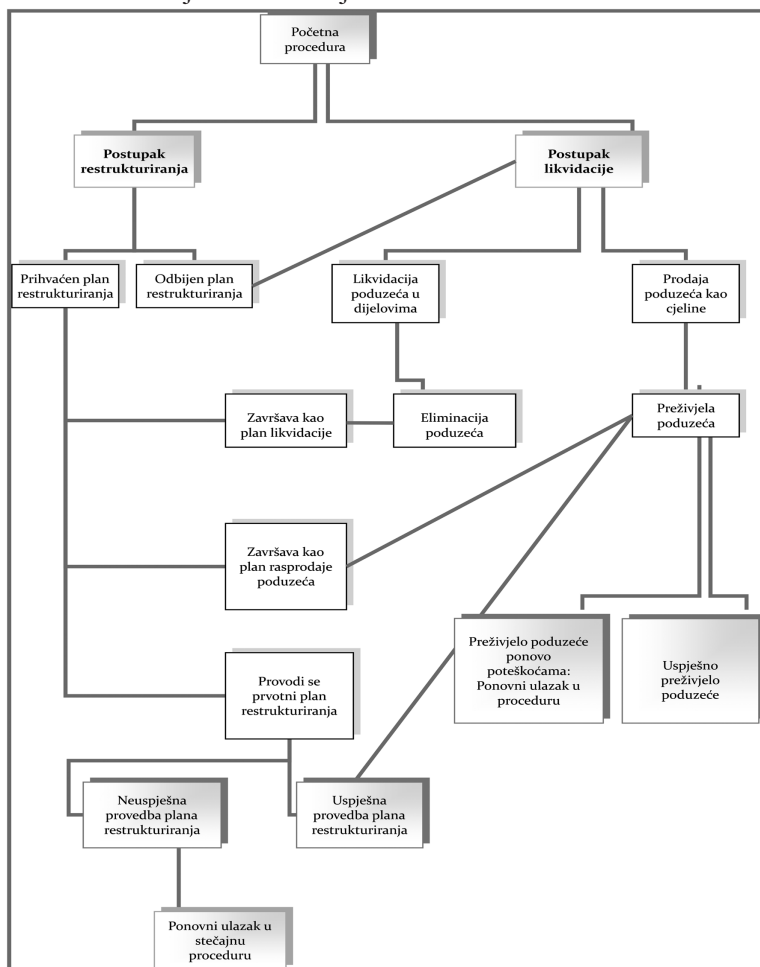
22 Slovenija: *Javni jamstveni in preživninski sklad Republike Slovenije (JPS)* – Vladino tijelo koje može podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka na temelju dojave zaposlenika dužnika.

23 Slovenija: u ožujku 2011. donesen je Zakon o preprečavanju zamud pri plaćilih (Ur. list RS, št. 18/11. in 57/12.) ekvivalent Zakonu o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi u RH.

poduzeća koja ako se uspješno provede, rezultira povoljnijim učincima za zaposlene i gospodarstvo u cjelini.<sup>24</sup>

Bez obzira na razlike između stečajnih zakonodavstava pojedinih država, u shemi 1. prikazani su uopćeni pravci kretanja poduzeća kroz stečajni postupak s različitim ishodima koji se odnose na postupak restrukturiranja i postupak likvidacije.

**Shema 1:** Pravci kretanja poduzeća kroz stečajni postupak s mogućim ishodima restrukturiranja ili likvidacije



**Izvor:** COUWENBERG, Oscar, Survival Rates in Bankruptcy Systems: Overlooking the Evidence, Research Institute SOM (Systems, Organisations and Management), University of Groningen, 2001., No. 01E15, str. 1-34.

24 BERKOWITZ, Daniel, PISTOR, Katharina, RICHARD, Jean-Francois, Economic Development, Legality, and the Transplant Effect, *European Economic Review*, vol. 47, 2003., no. 1, str. 165-195. te RUCSANDRA LIVIA, Moldovan, ACHIM SORIN, Adrian, Considerations on Reorganization: a comparison of reorganization rates in Eastern Europe. Dostupno na mrežnim stranicama: <http://steconomice.uradea.ro/anale/volume/2009/v3-finance-banks-and-accountancy/178.pdf> (14.2.2014.).



Kada poduzeće ulazi u stečajni proceduru ono može završiti u postupku restrukturiranja ili likvidaciji. U postupku restrukturiranja poduzeća imaju priliku postići dogovor s vjerovnicima o planu restrukturiranja (stečajni plan) čime postoji mogućnost za nastavak poslovanja dužnika. Ovaj proces može potrajati neko vrijeme u kojem je poduzeće zaštićeno od "agresivnih" vjerovnika koji zahtijevaju otplatu ili žele unovčiti imovinu pod kolateralom (tzv. privilegirani vjerovnici). Ako dođe do sporazuma između vjerovnika i dužnika, sud potvrđuje plan i poduzeća imaju mogućnost opstanka. U suprotnom, poduzeće završava u likvidaciji. Ako vjerovnici prihvate i sud potvrdi plan restrukturiranja, daljnja provedba plana može biti uspješna ili neuspješna. Bit sudske potvrde nije da ocjenjuje razloge ekonomske opravdanosti pod kojim su vjerovnici podržali plan već samo da svojom odlukom obveže sve vjerovnike da ga prihvate i na taj način osigura zakonitost cijelog postupka.<sup>25</sup>

Empirijska istraživanja su pokazala da planovi restrukturiranja mogu biti, tzv. „pravi“ planovi restrukturiranja ili tzv. „prerušeni“ u likvidacijske planove koji završavaju rasprodajom imovine poduzeća. „Pravi“ planovi restrukturiranja za neka poduzeća mogu završiti uspješno, dok poduzeća koja ne uspiju uskladiti poslovanje u skladu s uvjetima plana, ponovno ulaze u postupak stečaja. Samo ona poduzeća koja uspješno ispunjavaju svoje obveze povezane s planom, ili ona koja su cjelina prodana trećoj strani, mogu se kategorizirati kao "preživjela" poduzeća.<sup>26</sup>

U sljedećoj tablici prikazane su raspoložive vrste postupaka u odabranim (post)tranzicijskim državama i Njemačkoj, kojima je cilj restrukturiranje poduzeća i što veća mogućnost namirenja potraživanja vjerovnika.

**Tablica 3:** *Mogući pravni načini rješavanja poslovnih poteškoća poduzeća u odabranim tranzicijskim državama i Njemačkoj*<sup>27</sup>

Država	Vrste postupka
Češka	<b>Stečaj (Konkurs)</b> Dužnikova imovina se prodaje i poslovanje likvidira; iznosima dobivenim prodajom namiruju se zahtjevi vjerovnika prema pravilima predviđenim zakonom.
	<b>Restrukturiranje (Restrukturyzacija)</b> Uređeno je zakonom iz 2008. <sup>27</sup> Dužnikovo poduzeće nastavlja s poslovanjem u skladu s planom restrukturiranja koji su odobrili vjerovnici.
	Zahtjevi vjerovnika se namiruju na temelju nastavka poslovanja kako je predviđeno odobrenim planom; Osim ako nije drukčije dogovoreno između dužnika i vjerovnika, restrukturiranje je moguće za dužnika koji je imao godišnji promet za zadnju poslovnu godinu od najmanje 100.000.000 čeških kruna ili koji zapošljava najmanje 100 zaposlenika.
	<b>Otpis duga (Oddluženi)</b> dostupan samo dužnicima koji nisu poduzetnici. Otpis duga znači da će sve nepodmirene obveze dužnika biti „ugašene“.

25 Podrobnije, MALBAŠIĆ, Vladimir, Reorganizacija kao mjera za sprečavanje stečaja, SEF, Beograd, 2005., str. 25. U nekim slučajevima prihvaćanje od strane vjerovnika sasvim je dovoljno da plan stekne pravno-obvezujuću snagu, dok je na drugim mjestima neophodna i odluka suda da bi plan postao obvezujući. Vidi, UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, 2004., str. 296-297.

26 COUWENBERG, Oscar, *op. cit.*, str. -34.

27 IC - Insolvency Code, 182/2006.

<b>Hrvatska</b>	<b>Postupak predstečajne nagodbe</b> Od 1.10.2012. poduzeća koja ispunjavaju predstečajne razloge (nelikvidnost i insolventnost) pokušavaju postići izvansudski dogovor s vjerovnicima u postupku predstečajne nagodbe (isključivo dužnik može pokrenuti ovaj postupak). <b>Stečajni postupak</b> Ako dužnik ne postigne dogovor s vjerovnicima i ne dođe do nagodbe, nad poduzećem se pokreće stečajni postupak u kojem dužnik više nema mogućnosti dati prijedlog za restrukturiranje poduzeća. <sup>28</sup>
<b>Njemačka</b>	<b>Postupak predstečajnog restrukturiranja (<i>Schutzschirmverfahren</i>)</b> Sud može odobriti dužniku vrijeme za pripremu plana restrukturiranja u periodu koji ne prelazi tri mjeseca. U tom razdoblju, sud nalaže zabranu ili prestanak ovršnog postupka nad imovinom dužnika. <b>Stečajni postupak</b> koji se može podijeliti u dvije faze: <b>1. Prethodni stečajni postupak (<i>vorläufiges Insolvenzverfahren</i>)</b> Prijelazno razdoblje između podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka i odluke suda o otvaranju konačnog stečajnog postupka spominje se kao prethodni stečajni postupak ( <i>orläufiges Insolvenzverfahren</i> ) ili otvaranje postupka ( <i>Insolvenzeröffnungsverfahren</i> ). Tijekom prethodnog postupka utvrđuje se ispunjava li poduzeće uvjete za stečaj i ima li dovoljno imovine za pokriće troškova stečajnog postupka; <b>2. Konačni stečajni postupak</b> Sud otvara ako na temelju procjene prethodnog stečajnog upravitelja zaključi da su ispunjeni uvjeti za pokretanje stečajnog postupka i da je imovina vjerovnika dovoljna za pokriće troškova stečajnog postupka.
<b>Poljska</b>	<b>Jedinstveni sudski postupak (<i>Postępowanie Upadłościowe</i>)</b> može završiti: <sup>29</sup> <ul style="list-style-type: none"><li>• <b>likvidacijom (<i>Upadłość obejmująca likwidację</i>)</b> imovine poduzeća i raspodjelom dobivenih sredstava radi namirenja potraživanja prema redoslijedu vjerovnika;</li><li>• <b>nagodbom (<i>Upadłość z możliwością zawarcia układu</i>)</b> – nastavak poslovanja poduzeća nagodbom koja je predmet odobrenja vjerovnika putem glasanja i odobrenja suda.</li></ul> Predviđen je i odvojeni <b>izvansudski postupak restrukturiranja (<i>Postępowanie Naprawcze</i>)</b> – jednostavniji i vodi ga sam dužnik. Cilj je pružiti mogućnost dužniku da sklopi nagodbu s vjerovnicima.
<b>Slovačka</b>	<b>Klasični stečajni postupak</b> može završiti: <sup>30</sup> <ul style="list-style-type: none"><li>• <b>prodajom imovine (<i>Konkurz</i>)</b> – u dijelovima ili u cijelosti s ciljem namirenja vjerovnika podjelom dobivenih sredstava;</li><li>• <b>restrukturiranjem (<i>Restrukturalizacia</i>)</b> – na temelju plana restrukturiranja odobrenog od strane vjerovnika;</li><li>• <b>neformalnim, izvansudskim oblikom restrukturiranja</b> koji nije uređen Zakonom.</li></ul>

28 Hrvatska: U novoj dopuni Stečajnog zakona, vjerovnicima je dopušteno da podnesu prijedlog za restrukturiranje poduzeća, i to samo, tzv. prijenosni stečajni plan. U postupku predstečajne nagodbe kao alternativnom stečajnom/insolventnom postupku, isključivo dužnik ima pravo podnošenja plana financijskog restrukturiranja. Zbog postojanja navedenih mjera u postupku predstečajne nagodbe, u novom Stečajnom zakonu dužniku se uskraćuje mogućnost podnošenja likvidacijskog i sanacijskog stečajnog plana (SZ, NN, br. 133/12.).

29 Poljska: Bankruptcy and Recovery Law iz 2003. i reforme Zakona od 31. ožujka 2009.

30 Slovačka: Act on Bankruptcy and Restructuring, 7/05., čl. 11. Zakon stupio na snagu 1. siječnja 2006.

<b>Slovenija</b>	<p>Stečajni postupak je strukturiran u dvije faze:</p> <p><b>1. Postupak prisilne nagodbe</b> (<i>Postopek prisilne poravnave</i>) - glede kojeg slovensko pravo nudi dva rješenja:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>osnovni prijedlog nagodbe</b>; dužnik svim vjerovnicima nudi plaćanje jednakog postotka, isplatu u jednakim rokovima kao i kamate po jednakim stopama;</li> <li>- <b>alternativni prijedlog nagodbe</b>; pristanak vjerovnika na smanjenje potraživanja i odgodu plaćanja i/ili prijenos svih potraživanja (osiguranih i neosiguranih) na dužnika kao ulog u povećanju temeljnog kapitala dužnika.</li> </ul> <p><b>2. Glavni stečajni postupak</b> - u kojem postupak restrukturiranja i preživljavanja poduzeća više nije moguć, osim u slučaju iz čl. 221.o (<i>prisilne poravnave s prestrukturiranjem z izčlenitvijo</i>)</p>
------------------	--

**Izvor:** Izradili autori prema stečajnim zakonima odabranih država

Posljednjih desetak godina, razvijene europske ekonomije počele su po uzoru na glavu 11 američkog Stečajnog zakonika (*Chapter 11*) poticati postupak restrukturiranja poduzeća kao alternative za „preživljavanje“ poduzeća. Zadnjih pet godina, isti trend slijede i (post)tranzicijske države.<sup>31</sup>

Tako doktrina ukazuje kako je u Češkoj reformom Zakona iz 2009. uveden institut „*prepacka*“, koji kombinira najbolje karakteristike dva modela restrukturiranja: neformalnog izvansudskog i formalnog restrukturiranja po pravilima glave 11 američkog stečajnog zakonika. Doktrina ukazuje da se u SAD pod pojmom „*prepackaged bankruptcy*“ (skraćeno „*prepack*“) podrazumijeva kombinacija dvije uobičajene metode restrukturiranja poduzeća u financijskim poteškoćama: 1) neformalnog restrukturiranja, odnosno izvansudskih pregovora dužnika i vjerovnika o restrukturiranju duga (tzv. „*out-of-court restructuring*“) i 2) formalnog restrukturiranja, odnosno stečajnog postupka po pravilima glave 11 (*bankruptcy proceeding*). „*Prepack*“ se može definirati kao „administrativna ekstenzija neformalnog restrukturiranja“ koja omogućuje postizanje sporazuma između dužnika i potrebne većine vjerovnika izvan suda, nakon čega slijedi pokretanje stečajnog postupka po pravilima glave 11 radi objavljivanja i implementacije takvog sporazuma.<sup>32</sup> Prednosti „*prepacka*“ u odnosu na redovito stečajno restrukturiranje je što dužnik ima više kontrole nad samim procesom, postupak je brži i jeftiniji te poslovanje dužnika trpi manje poremećaje. U odnosu na neformalno izvansudsko restrukturiranje, najvažnija je prednost u smanjenju „*holdout*“ problema koji se odnosi na problem kočenja postupka od strane vjerovnika. U tom slučaju, rješenje dolazi u obliku „*prepack*“ procedure, i

31 Podrobnije, MILLER, Harvey R., Chapter 11 in Transition - From Boom to Bust and Into the Future, *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 81, 2007., no. 1, str. 375. *et seq.* Isto vidi, DECLERCQ, Peter J. M., Restructuring European Distressed Debt: Netherlands Suspension of Payment Proceeding... The Netherlands Chapter 11? *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 77, 2003., no. 1, str. 378. *et seq.*

32 McCONNELL, J. John, SERVAES, Henri, The Economics of Pre-packaged bankruptcy, u: Jagdeep S. Bhandari, Lawrence Alan Weiss (eds.), *Corporate bankruptcy: Economic and legal perspectives*, Cambridge, 1996., str. 322-323.

to tzv. „*cramdown*“, odnosno nametanjem plana restrukturiranja nesuglasnim vjerovnicima.<sup>33</sup>

I ostale (post)tranzicijske države pored formalnog stečajnog postupka najčešće imaju i neku vrstu neformalnog postupka restrukturiranja.<sup>34</sup> Tako Slovačka, pored formalnog stečajnog postupka koji završava likvidacijom ima i neformalni izvansudski postupak reorganizacije koji podrazumijeva dogovor između vjerovnika i dužnika. Novom reformom Stečajnog zakona u Poljskoj, postupak restrukturiranja (polj. *postepowanie naprawcze*) je dodatno pojednostavljen.

Postupak se provodi izvan suda (uz određene kontrole suda), a pravo za podnošenje prijedloga za restrukturiranjem ima isključivo dužnik. Njegov je cilj osigurati priliku dužniku da postigne dogovor sa svojim vjerovnicima. U Sloveniji je plan financijske reorganizacije dio prisilne nagodbe (slo. *postopek prisilne poravnave*), koji se može provesti isključivo prije, odnosno izvan stečaja. Ako ne dođe do nagodbe između dužnika i vjerovnika, uslijedit će „klasični“ stečajni postupak bez daljnje mogućnosti restrukturiranja. U Hrvatskoj, postupak predstečajne nagodbe koji provodi FINA i unutar kojeg dužnik nastoji postići dogovor s vjerovnicima, prethodi „klasičnom“ stečajnom postupku koji završava likvidacijom poduzeća.

U sljedećoj tablici prikazana je potrebna većina glasova vjerovnika za izglasavanje plana restrukturiranja.

**Tablica 4:** *Prihvaćanje plana restrukturiranja u izabranim tranzicijskim državama i Njemačkoj*

Država	Prihvaćanje plana restrukturiranja
Češka	Plan restrukturiranja (reorganizacije) <sup>35</sup> se prihvaća ako za njega glasa većina od 90 % prisutnih ili zastupljenih vjerovnika ili većina osiguranih i većina neosiguranih vjerovnika u svakoj skupini pri čemu je kriterij visina potraživanja.
Hrvatska	Ako vjerovnici čija je vrijednost utvrđenih potraživanja > 50 % za svaku skupinu vjerovnika ili dvije trećine vjerovnika svih potvrđenih potraživanja glasa za prihvaćanje - prihvaća se plan financijskog restrukturiranja, u protivnom se nagodba obustavlja. <sup>36</sup>
Njemačka	Plan restrukturiranja mora odobriti većina vjerovnika u svakoj skupini vjerovnika koji potražuju više od polovice iznosa od ukupnih potraživanja.

33 Tako i detaljnije, NIKOLIĆ, Nemanja, *Prepack: Američko i srpsko rešenje, Pravo i privreda*, vol. 49, 2011., br. 1-3, str. 92., SPASIĆ, Slobodan, *Pre pack kao šansa za srpsku privredu, Pravo i privreda*, 2010., br. 7-9, str. 243-257. te ČOLOVIĆ, Vladimir, *Osnovne karakteristike i pravna priroda pre pack reorganizacije (unapred pripremljenog plana reorganizacije) u zakonodavstvu Srbije sa osvrtom na odnos stečajnog postupka i postupka reorganizacije*, *Godišnjak fakulteta pravnih nauka, Banja Luka*, vol. 3, 2013., br. 3, str. 101-117.

34 Vidi, FALKE, Mike, *Insolvency Law Reform in Transition Economies*, Berlin, 2003., str. 155. *et seq.*

35 Češka: da bi dužnik mogao predati prijedlog za reorganizaciju, mora ispuniti jedan od sljedećih uvjeta: najmanje 100 zaposlenih ili u protekloj godini mora imati ostvareno godišnji promet od 100.000,00 čeških kruna.

36 Hrvatska: prema Zakonu o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, čl. 63.

<b>Poljska</b>	Plan se smatra prihvaćenim ako je za njega glasala većina vjerovnika koji imaju najmanje dvije trećine od ukupnog iznosa potraživanja vjerovnika koji imaju pravo glasa. Ako vjerovnici glasaju po skupinama plan mora prihvatiti u svakoj skupini većina vjerovnika koji imaju najmanje dvije trećine od ukupnog iznosa potraživanja u skupini. <sup>37</sup>
<b>Slovačka</b>	Vjerovnici glasaju po skupinama gdje plan mora odobriti većina vjerovnika po broju i visini potraživanja u svakoj skupini (u kombinaciji s odobrenjem jednostavne većine temeljene na iznosu njihovog potraživanja). <sup>38</sup>
<b>Slovenija</b>	Plan restrukturiranja smatra se prihvaćenim ako je za njega glasalo najmanje onoliko vjerovnika čija visina potraživanja iznosi najmanje šest desetina svih potvrđenih potraživanja vjerovnika. <sup>39</sup>

**Izvor:** Izradili autori prema stečajnim zakonima odabranih država

Postotak vjerovnika potrebnih za odobrenje plana restrukturiranja razlikuje se u državama. Na jednoj strani su pravila koja zahtijevaju da za plan glasa većina vjerovnika u okviru jedne klase, dok druga zahtijevaju da za plan glasaju vjerovnici koji su vlasnici više od polovice ukupne vrijednosti potraživanja u okviru klase, a moguća su i rješenja koja kombiniraju oba navedena pravila. Neki sustavi zahtijevaju i dvotrećinsku ili neku drugu kvalificiranu većinu.<sup>40</sup> Visok postotak odobrenja daje nerazmjernu moć malim vjerovnicima u odnosu na velike vjerovnike, dok mali postotak odobrenja može obespraviti puno malih vjerovnika.<sup>41</sup> Iz tablice se može uočiti da se za prihvaćanje plana restrukturiranja u odabranim tranzicijskim državama najčešće traži odobrenje većine vjerovnika čija ukupna vrijednost potraživanja prelazi preko 50 % od vrijednosti ukupnih potvrđenih potraživanja.

Istraživanja *Doing Business* za 2012. i 2013., koja provodi Svjetska banka, daje detaljan uvid u pokazatelje uspješnosti rješavanja stečajnih postupaka u 183 zemlje koje su uključene u istraživanje.<sup>42</sup> *Doing Business* tako na temelju

37 Poljska: Ako se ne postigne potrebna većina u jednoj od skupina vjerovnika, plan će se svejedno unatoč tome prihvatiti ako se dokaže da se u ostalim skupinama postigla potrebna većina te da vjerovnici u skupini koja nije odobrila plan neće biti u lošijem položaju od onoga u kojem bi bili u postupku likvidacije.

38 Slovačka: Dužnik i svaki vjerovnik uz pristanak dužnika može ovlastiti upravitelja koji će dati mišljenje o restrukturiranju (ova faza traje oko mjesec dana). Ako upravitelj da pozitivno mišljenje, slijedi postupak koji vodi uprava dužnika i upravitelj pod nadzorom Suda i vjerovnika. U roku od 90 dana, uprava dužnika će podnijeti plan restrukturiranja odboru vjerovnika koji će o njemu glasati na gore opisani način (*Act on Bankruptcy and Restructuring*, 7/05., čl. 148.).

39 Slovenija: Zakon o finničnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, Ur. list RS, št. 13/14. - uradno prečišćeno besedilo, čl. 201.3 i 205.

40 BRAHAM, Matthew, STEFFEN, Frank, Voting rules in insolvency law: A simple-game theoretic approach, *International Review of Law and Economics*, vol. 22, 2003., str. 421-442.

41 BERKOWITZ, Daniel, PISTOR, Katharina, RICHARD, Jean-Francois, *op. cit.*, str. 165-195.

42 U istraživanju *Doing Business* iz 2012. razmatra se promjena regulative i rangiranje za razdoblje od lipnja 2010. do svibnja 2011. Istraživanjem iz 2013. pokrivena je promjena regulative koja se odnosi na razdoblje od lipnja 2011. do svibnja 2012. Pri usporedbi učinkovitosti stečajnog sustava, teorija ukazuje kako je već uobičajeno da se (nekritički) prihvaćaju posljednji raspoloživi podatci „*Doing business*“ studije Svjetske banke. „*Doing*

metodologije koju su razvili *Djankov, Hart, Nenova i Shleifer (2003.)*, mjeri postotak preživljavanja poduzeća u stečajju, kao i vrijeme trajanja i troškove stečajnog postupka domaćih pravnih osoba. Podatci se dobivaju putem anketnih odgovora lokalnih stečajnih upravitelja i dopunjuju s važećim stečajnim zakonima i propisima, kao i javno dostupnim informacijama o funkcioniranju stečajnog sustava. Radi boljeg uvida u ključne prepreke vezane uz pokretanje i provođenje stečajnih postupaka u odabranim (post)tranzicijskim državama i Njemačkoj, u nastavku je dan pregled pokazatelja o kvaliteti provođenja stečajnih postupaka u 2011. i 2012., koje ocjenjuju niskim ocjenama za većinu (post)tranzicijskih država, uključujući i Republiku Hrvatsku.

**Tablica 5:** *Učinkovitost provođenja stečajne procedure u 2011. u odabranim tranzicijskim državama i Njemačkoj*

Država	Učinkovitost stečajne procedure 2011			
	Rang jednost. rješavanja s.p.	Vrijeme traj. stečaja (god.)	Trošak stečaja (% imovine)	% oporavka (mjereno centima dolara)
Češka	34	3.2	17	56.0
Hrvatska	98	3.1	15	29.7
Njemačka	12	1.2	8	82.7
Poljska	91	3.0	15	31.5
Slovačka	36	4.0	18	54.3
Slovenija	39	2.0	4	51.1
Najbolja država		0.4 (Irska)	1 (Kolum. Kuvajt, Norv., Singap.)	92.7 (Japan)

**Izvor:** *Doing business, Resolving Insolvency 2012.*, dostupno na mrežnim stranicama: <http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/resolving-insolvency>, (12.02.2014.).

Rang jednostavnosti rješavanja stečajnih postupaka temelji se na stopi oporavka poduzeća, koja se mjeri kao broj centi u odnosu na jedan dolar koji se vjerovnicima vraća kroz postupak restrukturiranja, likvidacije ili nekog drugog ovršnog postupka nad poduzećem. Stopa oporavka je funkcija trajanja, troškova

*business*“ indikator koji opisuje učinkovitost zaštite vjerovnika („*closure of business*“) ima značajna ograničenja. Naime, indikatori su bazirani na percepciji stručnjaka o vjerojatnom ishodu u simuliranom slučaju, a ne na pokazateljima koji su zasnovani na stvarnim podacima. Pored toga, indikatori nisu ograničeni samo na stečajni postupak, već se za razrješenje dužničko – vjerovničkih, odnosno „izlazak“ dužnika iz tržišne utakmice, može koristiti i postupak likvidacije i ovršnog postupka. Koji će od ovih postupaka biti upotrebljen ovisi o percepciji anketiranih stručnjaka. Kritički osvrt dan je i u: RADULOVIĆ, Branko, *Empirijska analiza bankrotstva u Republici Srbiji, Uskladiavanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije*, Vuk Radović (ur.), Pravni fakultet, Beograd, 2011., str. 146-183.

i drugih čimbenika stečajnog postupka, kao što je kamatna stopa i vjerojatnost poduzeća da nastave s poslovanjem. Brzina, niski troškovi i nastavak poslovanja održivih poduzeća obilježja su najuspješnijih gospodarstava.

Prema podacima *Doing Business* za 2011., prosječno vrijeme trajanja za okončanje stečajnog postupka najniže je u Njemačkoj (1,2), dok se u tranzicijskim državama kreće od dvije (Slovenija) do četiri godine (Poljska). Ako se uzme u obzir da je prosječno trajanje stečajnog postupka u državama OECD-a u 2011. iznosilo 1,7 godina, može se zaključiti da je u svim odabranim tranzicijskim državama, trajanje stečajnog postupka iznad prosjeka.

Prosječan trošak stečaja koji obuhvaća troškove suda, stečajnog upravitelja, nezavisnih procjenitelja, vještaka, revizora, odvjetnika itd., a izražava se kao postotak ukupne vrijednosti imovine dužnika, najveći je u Slovačkoj (18 %), a najniži u Sloveniji (4 %). Prosječan trošak stečajnog postupka u državama OECD-a u 2011. iznosio je 9% vrijednosti imovine dužnika. Od odabranih tranzicijskih država, jedino Slovenija (4 %) ima niže troškove stečajnog postupka u odnosu na OECD prosjek.<sup>43</sup>

Postotak oporavka, odnosno namirenja vjerovnika daleko je najniži u Hrvatskoj (29,7%) i Poljskoj (31,5 %), a najveći je u Njemačkoj (82,7 %). Tako su i po rangujednostavnosti rješavanja stečajnih postupaka, na ljestvici od ukupno ispitanih 183 države, najgore pozicionirane Hrvatska (98 mjesto) i Poljska (91 mjesto). Postotak namirenja vjerovnika za države OECD-a u 2011. iznosio je 68,2 %. Sve odabrane tranzicijske države bile su ispod prosjeka OECD-a postotka namirenja vjerovnika.

**Tablica 6:** *Učinkovitost provođenja stečajne procedure u 2012. u odabranim tranzicijskim državama i Njemačkoj*

Država	Efikasnost stečajne procedure 2012			
	Rang jednost. rješavanja s.p.	Vrijeme traj. stečaja (god.)	Trošak stečaja (% imovine)	% oporavka (mjeren centima od dolara)
Češka	34	3.2	17	56.3
Hrvatska	97	3.1	15	30.1
Njemačka	19	1.2	8	78.1
Poljska	37	3.0	15	54.5
Slovačka	38	4.0	18	53.6
Slovenija	42	2.0	4	49.8
Najbolja država		0.4 (Irska)	1 (Norv. i Singap.)	92.7 (Japan)

**Izvor:** *Doing business, Resolving Insolvency 2013., op. cit.*

43 Ipak, ukazujemo na oprez kod ovakvih usporedbi, jer se kvaliteta statistike i obuhvat razlikuju od zemlje do zemlje.

U 2012. situacija se bitnije izmijenila samo za Poljsku koja je s 91 dospjela na 37 mjesto ljestvice koja označava jednostavnost rješavanja stečajnih postupaka. Od 2007. do 2012. Poljska je smanjila troškove stečajnih postupaka za trećinu. U tom razdoblju doneseno je više promjena unutar stečajnog zakona kao što su: uvođenje potrebnih kvalifikacija za obavljanje posla stečajnog upravitelja (*Resolving insolvency, Doing business, 2013.*). Time je povećana kvaliteta provođenja stečajnih postupaka, dok su troškovi stečajnih postupaka smanjeni postavljanjem maksimalnih granica do koje se može isplatiti naknada za rad stečajnim upraviteljima. Uvođenje postupka predstečajne nagodbe također je pozitivno utjecalo na skraćivanje trajanja i smanjenje troškova stečajnih postupaka u Poljskoj. Samo u 2012. u odnosu na 2011., Poljska je skoro udvostručila stopu namirenja vjerovnika s 31,5 % na 54,5 %.

U nastavku se analiziraju najznačajnije odrednice i promjene stečajnog zakonodavstva Njemačke i odabranih tranzicijskih država.

### **3. ZNAČAJKE STEČAJNIH PROPISA SAVEZNE REPUBLIKE NJEMAČKE I ODABRANIH TRANZICIJSKIH DRŽAVA**

Posljednje dvije godine, gotovo sve (post)tranzicijske države reformirale su svoje stečajne zakone. S jedne strane, reformama se pristupilo radi velikog broja propalih poduzeća zbog ekonomske krize. S druge strane, u posljednjoj izmjeni njemačkog Insolvencijskog zakona iz 2012., naglasak je pomaknut s likvidacije na restrukturiranje i spašavanje poduzeća. Kako su i odabrane (post)tranzicijske države svoje stečajne zakone pisale po uzoru na njemački i/ili američki stečajni zakonik (glava 11), tako je došlo i do izmjena stečajnih zakona u navedenim državama.

#### **3.1. Njemačka stečajna legislativa kao pravni predložak stečajnih propisa tranzicijskih država**

Uzor hrvatskom stečajnom pravu bio je njemački Insolvencijski zakon (*Insolvenzordnung - InsO*) iz 1994. prema kojem je reorganizacija dužnika moguća putem insolvencijskog plana (*Insolvenzplan*).<sup>44</sup> U Njemačkoj svaki plan mora potvrditi insolvencijski sud, a sud imenuje i insolvencijskog upravitelja koji je strogo nezavisan od dužnika i vjerovnika. InsO, naime zabranjuje imenovanje i privremenog insolvencijskog upravitelja u prethodnom postupku koji je na bilo koji način bio uključen u poslovanje dužnika prije podnošenja prijedloga za pokretanje insolvencijskog postupka. S druge strane, dužnik je zajedno s vjerovnicima zainteresiran da upravitelj, kao glavno operativno tijelo cijelog postupka bude prijateljski naklonjen stečajnom planu.

<sup>44</sup> PAULUS, Christoph G., Germany: Lessons to Learn from the Implementation of a New Insolvency Code, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 17, 2001., no. 1, str. 89. *et seq.*



*Pre-packaged* plan je, dakle moguć i prema InsO-u te se može podnijeti zajedno s prijedlogom za otvaranje insolventnog postupka. Dosadašnja iskustva ukazuju da je jedna od najvećih mana *pre-packaged* plana to što se nalazi „na čekanju“ za vrijeme prethodnog postupka koji može trajati do tri mjeseca (u Hrvatskoj, sukladno čl. 42., st. 4. SZ-a prethodni postupak može trajati najduže 60 dana od podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka). Drugi nedostatak *pre-packaged* plana je stajalište privremenog stečajnog upravitelja u prethodnom postupku. Naime, on se može, ali i ne mora složiti s planom reorganizacije dužnika koji je sudu dostavio sam dužnik u dogovoru s vjerovnicima.

Upravo zbog uklanjanja navedenih zapreka njemački je zakonodavac donio Zakon o daljnjem olakšanju sanacije poduzeća (*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen- ESUG*) iz 2011. s kojim je izmijenio InsO. Prva izmjena tiče se ovlasti odbora vjerovnika koji se od sada može osnovati i u prethodnom postupku. Ovaj se odbor osniva radi zaštite interesa vjerovnika, ali se osniva i radi zaštite interesa dužnika koji želi restrukturirati poslovanje i oporaviti se. Odbor vjerovnika ovlašten je i na izbor privremenog insolventnog upravitelja. Druga izmjena InsO-a odnosi se na institut osobne uprave koji je u njemačkoj, kao i u hrvatskoj, insolventnoj praksi vrlo malo zastupljen. Bitno obilježje osobne uprave je to što sud rješenjem o otvaranju insolventnog postupka ovlašćuje dužnika da sam upravlja i raspolaže insolventnom masom pod nadzorom stečajnog povjerenika. Prema par. 270.b InsO, putem osobne uprave dužnik se obvezuje u roku od tri mjeseca, zajedno s vjerovnicima izraditi insolventni plan, a pod nadzorom insolventnog povjerenika, pri čemu se čak može narediti i privremena zabrana vođenja ovršnih postupaka protiv imovine dužnika. I napokon, treća izmjena InsO-a u svezi je s uvjetima za pobijanje insolventnog plana. Od sada vjerovnici u zamjenu za tražbine mogu steći dionice ili udjele u dužniku što značajno može olakšati njihov odnos prema insolventnom planu.<sup>45</sup>

„Zakon za daljnje olakšavanje restrukturiranja poduzeća“ sadrži i sljedeće promjene: Vjerovnici imaju veći utjecaj nad odabirom prethodnog insolventnog upravitelja; određene formalnosti za koje se prethodno zahtijevalo odobrenje vlasnika - dioničara poduzeća sada mogu biti uključene u insolventni plan bez odobrenja dioničara; određeni rizici za zajmodavce koji su sudjelovali u zamjeni duga s udjelom u kapitalu poduzeća su se ublažili izmjenom pojedinih odredbi; pojedinačne žalbe dioničara na insolventni plan su teže; olakšano je odobravanje nastavka poslovanja poduzeća pod starom upravom („*debtor in possession*“ status), uvođenje novog postupka - „Predstečajnog postupka restrukturiranja“ (njem. *Schutzschirmverfahren*) – čime se dužnike koji su suočeni s prijetjećom insolventnošću ili prezaduženošću štiti od ovrhe od strane vjerovnika. Dakle, u

45 Opširnije GARAŠIĆ, Jasnica, Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012., u: Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku - Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, *Liber amicorum* Mihajlo Dika, Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike, (ur. Alan Uzelac, Jasnica Garašić, Aleksandra Maganić), Pravni Fakultet, Zagreb, 2013., str. 469-493.

njemačkom Insolventnom zakonu postoji postupak predstečajnog restrukturiranja (*“Pre-Insolvency Restructuring Proceedings”*) koji je uveden dopunama i izmjenama Zakona u ožujku 2012.,<sup>46</sup> prethodni insolventni postupak (*Preliminary Proceedings*) i glavni insolventni postupak koji se pokreće na prijedlog suda. Podnošenje zahtjeva za pokretanje insolventnog postupka upućuje nadležnom sudu (njem. *Amtsgericht*) insolventni dužnik ili vjerovnik. Dužnik može predati zahtjev za pokretanje insolventnog postupka na temelju nelikvidnosti, prijeteće nelikvidnosti i prezaduženosti, dok vjerovnik može podnijeti zahtjev na temelju dužnikove nelikvidnosti i prezaduženosti, ali ne i na temelju prijeteće nelikvidnosti. Ako ispunjava spomenute uvjete za pokretanje insolventnog postupka, vlasnik ili uprava je obvezna podnijeti prijedlog za pokretanje insolventnog postupka unutar najviše tri tjedna bez nepotrebnog odgađanja. Ukoliko to ne učini, podliježe građanskoj i kaznenoj odgovornosti. U slučaju prijeteće nelikvidnosti, uprava ima pravo, ali ne i obvezu, podnijeti zahtjev za pokretanje insolventnog postupka.<sup>47</sup>

Insolventni postupak je podijeljen na dvije faze koje su pod nadzorom insolventnog suda. Prva faza obuhvaća prethodni insolventni postupak i konačni insolventni postupak. Kod prethodnog insolventnog postupka, sud imenuje prethodnog insolventnog upravitelja. Prethodni odbor vjerovnika u ovoj fazi ima odlučujuću ulogu u predlaganju kandidata za imenovanje prethodnog insolventnog upravitelja.

Konačni ili završni insolventni postupak sud otvara ako na temelju procjene prethodnog insolventnog upravitelja, zaključi da postoje ispunjeni razlozi za pokretanje insolventnog postupka i da je imovina dužnika dostatna za pokriće troškova insolventnog postupka. Nakon otvaranja insolventnog postupka, sud obično imenuje (konačnog) upravitelja. U pravilu, ista osoba koja je imenovana za prethodnog upravitelja imenuje se za insolventnog stečajnog upravitelja. Ako se procijeni da je ekonomski opravdano restrukturiranje poslovanja dužnika, pristupit će se izradi insolventnog plana (njem. *Insolvenzplan*). Insolventni plan se može pripremiti i ranije i podnijeti skupa s prijedlogom za pokretanje insolventnog postupka, ili ga dužnik ili insolventni upravitelj može izraditi nakon otvaranja insolventnog postupka. Insolventni plan mora sadržavati odredbe koje se odnose na imovinu dužnika, potraživanja vjerovnika, osiguranja potraživanja i obuhvaćati mjere restrukturiranja dopuštene Zakonom, kao što su, primjerice, zamjena duga s udjelom u kapitalu društva po kojem vjerovnici, uz

46 Dopunama i izmjenama Zakona u ožujku 2012. uveden je postupak predstečajnog restrukturiranja (*Pre-Insolvency Restructuring Proceedings*) unutar kojeg dužnik sastavlja plan restrukturiranja i pokušava postići dogovor glede naplate dugova s vjerovnicima.

47 Nelikvidnost je definirana kao nesposobnost dužnika da svoje obveze plaća po dospelosti. Nelikvidnost dužnika ne može se pretpostaviti ako je riječ samo o odgodi u plaćanjima, npr. kada se jaz likvidnosti može zatvoriti najmanje do 90 % s novim kreditima ili unovčenjem imovine u kratkom roku vremena (obično ne više od dva tjedna). Predstojeća nelikvidnost znači da dužnik neće moći pokriti postojeće obveze plaćanja po njihovom dospeljivanju. Budući da se temelji na prognozi, sud može zahtijevati da dužnik podnese “plan likvidnosti”. Poduzeće je prezaduženo kada je njegova imovina veća od obveza.

suglasnost, stječu kapital u poduzeću dužniku. Da bi stupio na snagu, insolventnijski plan mora odobriti vjerovnik i dioničar. Radi glasovanja o planu, vjerovnici i dioničari su podijeljeni u različite skupine, kao što su zaposlenici, dobavljači, viši osigurani zajmodavci, itd., prema njihovoj vrsti potraživanja ili ulozima.

### *3.1.1. Prethodni odbor vjerovnika i imenovanje stečajnog upravitelja*

Do izmjena Insolventnijskog zakona, vjerovnici su malo utjecali na prethodni stečajni postupak koji je obuhvaćao vrijeme od podnošenja prijedloga za pokretanje i otvaranje insolventnijskog postupka. U ranoj fazi postupka kada najčešće treba riješiti najkritičnija pitanja, osnivanje prethodnog odbora vjerovnika (njem. *vorläufiger Glaubigerausschuss*) u potpunosti je bilo prepušteno odluci samog suda.

Novim izmjenama Zakona uvodi se obveza osnivanja prethodnog odbora vjerovnika u ranoj fazi postupka. Insolventnijski sud će osnovati prethodni odbor vjerovnika, ako dužnik zadovoljava barem dva od sljedeća tri uvjeta: a) ukupna imovina iznosi najmanje 4.840.000 eura, b) prihodi nisu manji od 9.680.000 eura i c) poduzeće zapošljava najmanje 50 zaposlenika. Prethodni odbor vjerovnika time značajno utječe na tijek prethodnog stečajnog postupka, posebice glede osobe koja se imenuje za prethodnog insolventnijskog upravitelja, što dovodi do sljedeće izmjene u njemačkom Insolventnijskom zakonu koja se tiče imenovanja stečajnih upravitelja.

Prethodnim Insolventnijskim zakonom bilo je uređeno da sud imenuje insolventnijskog upravitelja, a da pritom vjerovnici nemaju nikakvog utjecaja. Vjerovnici su u slučaju neslaganja s izborom insolventnijskog upravitelja mogli glasati za novog upravitelja tek na prvom sastanku vjerovnika kada su već donesene mnoge važne odluke koje predodređuju tijek insolventnijskog postupka. Izmjenama Insolventnijskog zakona prethodnom odboru vjerovnika dano je obvezujuće pravo da jednoglasno predlože određenu osobu koja će imati ulogu insolventnijskog vjerovnika pod uvjetom da za to ispunjava zakonske uvjete.

### *3.1.2. Izmjene Zakona radi oživljavanja provođenja insolventnijskih planova*

Insolventnijski plan ili plan restrukturiranja poduzeća koji bi doveo do mogućnosti oporavka poduzeća u financijskim poteškoćama donedavno se jako rijetko koristio u praksi.<sup>48</sup> Jedan je od razloga bio da se kod zamjene dugova vjerovnika za vlasnički udio u poduzeću tražio pristanak vlasnika poduzeća dužnika, jer se smatralo da time insolventnijski postupak utječe na prava vlasnika. Malo je vlasnika bilo spremno dopustiti vjerovnicima da uđu u vlasničku strukturu poduzeća što je uvjet za provođenje plana restrukturiranja. Drugi se razlog odnosio na neslaganje vjerovnika što je opet uzrokovalo odgodu provedbe insolventnijskog

<sup>48</sup> Za podatke, DOINA LEPADAT, Elena, Reorganization of Commercial Companies in the context of European integration. Dostupno na mrežnim stranicama: [http://fse.tibiscus.ro/anale/Lucrari 2010/144.%20Lepadat%20Elena.pdf](http://fse.tibiscus.ro/anale/Lucrari%2010/144.%20Lepadat%20Elena.pdf) (12.2.2014.).

plana. To je značilo da su obje skupine sudionika procesa mogle blokirati restrukturiranje poduzeća koje je potvrdio sud.

Da bi se riješio problem nepristanka vlasnika na provođenje insolventijskog plana, reformom Zakona je predviđeno da se vlasnici poduzeća podijele u nekoliko grupa čiji članovi imaju slične interese. Različitim grupama vlasnika daje se pravo glasa za pristanak ili odbijanje prijedloga insolventijskog plana. Čak i ako pojedina grupa vlasnika glasa protiv provedbe insolventijskog plana, ta grupa može biti nadglasana, posebno ako vlasnici s drukčijim mišljenjem ne bi bili u nepovoljnijem položaju u odnosu na posljedice ne donošenja insolventijskog plana.

### 3.1.3. *Upravljanje poduzećem nakon otvaranja insolventijskog postupka*

Pri pokretanju insolventijskog postupka, sud imenuje prethodnog insolventijskog upravitelja (u okviru prethodnog postupka). U pravilu, stara uprava i dalje upravlja poduzećem, ali za sve važnije odluke mora tražiti pristanak prethodnog insolventijskog upravitelja. Nakon otvaranja insolventijskog postupka, stečajni upravitelj smjenjuje upravu i preuzima kontrolu nad svim poslovima poduzeća. Iznimka od ovoga postupka je nastavak poslovanja pod starom upravom (njem. *Eigenverwaltung*, *Self-Administration*) kojom se omogućuje menadžmentu da i dalje vodi upravljanje poduzećem pod nadzorom insolventijskog upravitelja kojeg imenuje sud (*Sachwalter*). Time se željelo izbjeći gubitak menadžmenta poduzeća koji posjeduje specifična znanja ključna za nastavak poslovanja poduzeća, kao i izbjegavanje dodatnih troškova koji bi nastali odlaskom postojećeg menadžmenta.

Dosada sud nije bio naklonjen odobravanju upravljanja poduzećem od strane stare uprave. Cilj je reforme Insolventijskog zakona promicanje korištenja ovog načina upravljanja poduzećem. Prema novim odredbama, sud će odobriti nastavak poslovanja pod starom upravom ako ne postoje okolnosti poznate sudu za koje se smatra da bi ta odluka mogla negativno utjecati na položaj vjerovnika. Štoviše, prethodni (preliminarni) odbor vjerovnika ima presudan utjecaj na odluku suda o nastavku poslovanja poduzeća pod starom upravom. Ako odbor vjerovnika podržava prijedlog za nastavak poslovanja pod postojećim vodstvom, sud ne može odbiti izvršenje odluke s argumentom da bi to moglo nepovoljno utjecati na vjerovnike. Nasuprot tome, odbor vjerovnika ima pravo da opozove odluku suda o nastavku poslovanja dužnika pod starom upravom, dok pojedinačni vjerovnici ne mogu utjecati na odluku suda.

### 3.1.4. *Uvođenje postupka predstečajnog restrukturiranja*

Da bi se povećala stopa „preživljavanja“ poduzeća koja se suočavaju s financijskim poteškoćama, reformom je uveden i „postupak predstečajnog restrukturiranja“ (njem. *Schutzschirmverfahren*) koji se odnosi na razdoblje između pokretanja i otvaranja stvarnog insolventijskog postupka. Ako dužnik podnese zahtjev za pokretanje predstečajnog postupka na temelju prijeteće nelikvidnosti

(njem. *drohende Zahlungsunfähigkeit*) ili prezaduženosti (njem. *Überschuldung*), sud može odobriti dužniku vrijeme za pripremu plana restrukturiranja u razdoblju koji ne prelazi tri mjeseca. U tom razdoblju, sud nalaže zabranu ili prestanak ovršnog postupka nad imovinom dužnika (moratorij).

Prednost od uvođenja ovakvog postupka za dužnike jest da će imati dovoljno vremena da osmisle potrebne mjere kojima će restrukturirati poslovanje, a istodobno su zaštićeni od ovršnih postupaka vjerovnika u tom razdoblju. Tijekom samog predstečajnog postupka, sud imenuje povjerenika koji samo nadzire plaćanja dužnika. Na zahtjev, sud dopušta dužniku da svi dugovi, nastali tijekom tri mjeseca moratorija, budu isplaćeni u potpunosti unutar insolventnog plana u kasnijem postupku. To će dati kupcima i drugim ugovornim partnerima poticaj za održavanje insolventnog plana i nastavak ugovornih odnosa s dužnikom. Nakon isteka tri mjeseca odobrena za pripremu plana, sud dalje odlučuje o otvaranju insolventnog postupka. Insolventni plan koji je izrađen tijekom predstečajnog razdoblja, tada se može provesti.

Prema noveliranim odredbama Insolventnog zakona, sud može opozvati svoju odluku o pokretanju postupka restrukturiranja prije isteka početno postavljenog roka ako se predviđene mjere restrukturiranja smatraju neostvarivima ili da prethodni odbor vjerovnika zahtijeva ukidanje postupka restrukturiranja. Po uzoru na reformu njemačkog Insolventnog zakona i radi povećanja stope „preživljavanja“ poduzeća, pojedine države srednje i istočne Europe također su krenule s izmjenama i dopunama svojih stečajnih zakona.

### 3.2. Republika Češka

U Republici Češkoj od 1. siječnja 2008. na snazi je Stečajni zakon<sup>49</sup> kojim je u potpunosti izmijenjen stari zakon. Iako je postupak donošenja novog zakona rezultirao modernim rješenjima u stečajnom zakonu, analiza postupaka od 2008. do 2012. ukazuje na dva glavna razloga neučinkovite primjene stečajnog zakona. Prvi je činjenica da sustav sudstva i rješavanja sporova koji proizlazi iz poslovanja poduzeća sporije radi negoli sustavi u razvijenijim državama.<sup>50</sup> Općenito, sudstvo bi trebalo sporove rješavati značajno brže i učinkovitije. Drugi je razlog problem poduzeća i ostalih subjekata koji prekasno pokreću postupke stečaja. Stečaj poduzeća često se pokreće u trenutku kada je imovina dužnika do te mjere „ogoljena“ da je često nedovoljna za podmirenje vjerovnika, posebno neosiguranih, čime se u potpunosti onemogućava mogućnost restrukturiranja poduzeća. Analizom rezultata primjene novog zakona ostavljen je dojam kako Zakon ne obvezuje odgovorne osobe za prijavu insolventnosti poduzeća. Novom izmjenom predviđa se skupina spomenutih odgovornih osoba ne samo u slučaju očitog stečaja poduzeća, odnosno ne samo ako poduzeće nije u mogućnosti podmiriti svoje dugove do

49 *Insolvency Code (IC)* - 182/2006, stupio na snagu 1. siječnja 2008. Daljnje izmjene *Insolvency Code* stupile su 2009. i 2011.

50 S istim se problemom susreće većina tranzicijskih država, a među njima i Republika Hrvatska.

dogovorenog vremena s vjerovnicima ili najkasnije 30 dana nakon dospijea obveze, nego i u slučaju prikrivenog stečaja, odnosno i ako su dugovi poduzeća veći nego njegova imovina (prezaduženost). Nažalost, zakonodavne namjere pravovremenog pokretanja postupka zasad su rezultirale slabim uspjehom.<sup>51</sup>

Češki stečajni zakon predviđa sljedeća tri stečajna razloga (*Insolvency Code, Act. No. 182/06*):

**Insolventnost** („*v platebni neschopnosti*“). Dužnik se smatra insolventnim u slučaju kada poduzeće nije u mogućnosti podmiriti svoje dugove do dogovorenog vremena s vjerovnikom ili najkasnije 30 dana nakon dospijea obveze.

**Prezaduženost** („*predlužen*“). Prezaduženost se pojavljuje kada zbroj dužnikovih obveza nadmašuje vrijednost njegove imovine. U ovom slučaju, uzet će se u obzir sve obveze dužnika bez obzira jesu li dospjele ili ne, što je novina zakona iz 2008.

**Prijeteća insolventnost** („*hrozici upadek*“). Ovaj stečajni razlog također je novina stečajnog zakona iz 2008. Prema njemu poduzeće će se smatrati insolventnim već i ako postoji razumna sumnja da neće biti u mogućnosti platiti većinu svojih obveza kada dospiju.

### 3.2.1. Pokretanje stečajnog postupka

U prethodnom stečajnom zakonu stečajni postupak je započinjao odlukom suda o pokretanju stečaja, no novim zakonom postupak počinje podnošenjem prijedloga. Prijedlog za pokretanje postupka odmah se upisuje u Registar stečajeva što ima isti učinak kao i proglašenje stečaja od strane suda.

### 3.2.2. Stečajni postupak

U teoriji postupak koji regulira stečajni zakon počinje s općom fazom u kojoj je cilj odrediti tip postupka kojim će se nastaviti rješavati spor. Pri pokretanju stečajnog postupka, sud donosi dvije odluke: odluku o stečaju koja mora biti donesena u roku 15 dana od podnošenja prijedloga za pokretanje postupka (bez obzira podnosi li prijedlog dužnik osobno ili vjerovnik) te odluku o tipu postupka stečaja koja mora biti donesena u roku 3 mjeseca od odluke o stečaju. Odluku o tipu postupka stečaja mogu donijeti i vjerovnici na prvoj skupštini čime je takva odluka obvezujuća za sud.

Stečajni zakon iz 2008. predviđa tri tipa postupka (*Insolvency Code, Act. No. 182/2006*):

**Stečaj ili bankrot** („*Konkurs*“) - kada se pristupi postupku stečaja dužnikova imovina se prodaje i poslovanje likvidira. Iz iznosa dobivenog prodajom namiruju se zahtjevi vjerovnika prema pravilima predviđenim zakonom.

51 SMRČKA, Luboš, SCHÖNFELD, Jaroslav, The possibilities of reforming Czech insolvency law, *Advances in Finance and Accounting, Proceedings of the 1<sup>st</sup> WSEAS International Conferens on Finance, Accounting and Auditing, Tomas Bata University in Zlin, Czech Republic, September 20-22, 2012.*, str. 1-7.

**Restrukturiranje** („*Restrukturyzacija*“) - postupak restrukturiranja uređen je tek zakonom iz 2008. U ovom slučaju dužnik nastavlja s poslovanjem u skladu s planom restrukturiranja koji je odobren od strane vjerovnika. Zahtjevi vjerovnika se namiruju na temelju nastavka poslovanja kako je predviđeno odobrenim planom. Osim ako nije drugačije dogovoreno između dužnika i vjerovnika, restrukturiranje je moguće za dužnika koji je imao godišnji promet za zadnju poslovnu godinu od najmanje 100.000.000 čeških kruna ili koji zapošljava najmanje 100 zaposlenika.

**Otpisivanje duga** („*Oddlužení*“) - ovaj je postupak dostupan samo dužnicima koji nisu poduzetnici (*non-entrepreneurs*). Unutar ovog postupka dužnik predlaže isplatu dugova vjerovnicima u iznosu manjem od 100 %, i to prodajom imovine ili putem obročnog plaćanja prema dogovorenom planu plaćanja.

U praksi se većina poduzeća nakon sudskog utvrđivanja insolventnosti likvidira. Razlog tomu je činjenica da je restrukturiranje moguće samo uz ispunjenje prethodno spomenutih uvjeta (osim ako restrukturiranje ne odobri potrebna većina vjerovnika). Od 1991. do 2004. navedene je uvjete ispunjavalo samo 8 - 9 % svih dužnika. Od 2008. do 2010. samo je 39 pokušaja restrukturiranja bilo odobreno.<sup>52</sup>

### 3.2.3. Ovlasti vjerovnika

Češki Stečajni zakon nastoji što veći broj odluka i u što ranijem stadiju postupka prepustiti vjerovnicima. Zakon prepušta vjerovnicima odrediti tip postupka, odnosno odlučiti hoće li dužnikovo poduzeće nastaviti poslovanje restrukturiranjem ili će se likvidirati,<sup>53</sup> izbor stečajnog upravitelja, zamjenu upravitelja imenovanog u početku postupka od strane stečajnog suda, imenovanje odbora vjerovnika,<sup>54</sup> odabir načina prodaje imovine koja ulazi u stečajnu masu u postupku likvidacije te odobravanje ili odbijanje plana restrukturiranja.<sup>55</sup>

### 3.2.4. Likvidacija i restrukturiranje poduzeća

Otvaranjem postupka likvidacijskog stečaja, stečajni upravitelj zamjenjuje upravu poduzeća dužnika, prikuplja imovinu te popisuje i potvrđuje dugove poduzeća. Novcem od prodaje imovine podmirit će se potraživanja vjerovnika prema načelu prioriteta i pariteta. Odredbe o restrukturiranju u velikoj su mjeri nadahnute odredbama američke glave 11. Stečajnog zakonika, uz značajno odstupanje što se tiče praga pristupanja postupku restrukturiranju. Unutar ovog postupka, uprava

52 Clifford Chance, *European Insolvency procedures*, 2012., Edition, London, [http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2012/05/european\\_insolvencyprocedures2012edition.html](http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2012/05/european_insolvencyprocedures2012edition.html), (2.1.2013.).

53 Vjerovnici moraju odobriti odluku ili većinom od 90 posto svih prisutnih ili zastupljenih vjerovnika ili većinom osiguranih i većinom neosiguranih vjerovnika prisutnih ili zastupljenih pri čemu je kriterij iznos zahtjeva vjerovnika.

54 Odbor vjerovnika mora se imenovati u svim postupcima u kojima postoji više od 50 vjerovnika.

55 RICHTER, Tomáš, *Verification and Contesting of creditors' claims: Constitutional limits in the Czech insolvency code (in Re Bohemia Crystalex)*, 2011., str. 1-8., preuzeto sa: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1898228](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1898228) (12.3.2013.).

dužnika će nastaviti upravljati poduzećem, ali pod nadzorom upravitelja i odbora vjerovnika. Dioničari će izgubiti svoja glasačka prava s iznimkom prava izbora uprave poduzeća dužnika. Vjerovnici imaju mogućnost preduhitriti odluku suda o odobravanju ili odbijanju postupka restrukturiranja. Za tu odluku glasa se po skupinama i potrebna je sljedeća većina vjerovnika: 90 % prisutnih ili zastupljenih vjerovnika ili većina osiguranih i većina neosiguranih prisutnih i zastupljenih vjerovnika. Ako vjerovnici odluče da se poslovanje dužnika treba likvidirati, sud je dužan poštovati njihovu odluku. Ukoliko pak vjerovnici potrebnom većinom glasaju za odobrenje plana restrukturiranja, sud će dopustiti pokušaj restrukturiranja ako ocijeni da je restrukturiranje predloženo u dobroj vjeri.<sup>56</sup>

### 3.3. Republika Slovačka

Materija stečaja i restrukturiranja u Republici Slovačkoj regulirana je Zakonom o stečaju i restrukturiranju koji je stupio na snagu 1. siječnja 2006.<sup>57</sup> Njime se stečaj definira kao rješavanje dužnikove nelikvidnosti realizacijom dužnikove imovine i namirenjem potraživanja vjerovnika.

Zakon o stečaju i restrukturiranju predviđa dva tipa stečajnih postupaka:

**Klasični stečajni postupak** („*konkurz*“) koji se provodi na način da se prodaje imovina dužnika (poduzeće u cijelosti ili u dijelovima) s ciljem namirenja potraživanja vjerovnika distribucijom sredstava dobivenih prodajom;

**Restrukturiranje** („*reštrukturalizácia*“) koje se provodi na temelju plana restrukturiranja odobrenog od strane vjerovnika i suda;

#### 3.3.1. Odrješenje duga dužnika fizičke osobe

Također, zakon sadrži odredbe kojima se reguliraju sljedeći postupci: „mali bankrot“ („*malý konkurz*“) za pravne osobe s malim poslovanjem i postupak s insolventnim financijskim institucijama što podrazumijeva banke i osiguravajuća društva.

Postupku restrukturiranja daje se prednost pred klasičnim stečajnim postupkom koji ima za cilj likvidaciju poduzeća. Primjerice, ukoliko se tijekom stečajnog postupka podnese prijedlog za pokretanje postupka restrukturiranja, sud će razmotriti takav prijedlog i ako su ispunjeni zakonom propisani uvjeti, sud će obustaviti stečajni postupak i započeti postupak restrukturiranja.<sup>58</sup>

56 CLIFFORD CHANCE, *op. cit.*

57 *Act No. 7/2005 Coll., the „Bankruptcy Act“*

58 MYSICKA, Viliam, *Insolvency and Restructuring Slovakia - General aspects of insolvency proceedings in Slovakia, 2013.*, preuzeto sa: <http://www.kinstellar.com/publications/article/insolvency-and-restructuring-slovakia-general-aspects-of-insolvency-proceedings-in-slovakia-723/> (16.1.2013.).



Dva su stečajna razloga koja predviđa slovački zakon: *financijska nelikvidnost i prezaduženost*. Poduzeće se prema slovačkim zakonima smatra insolventnim ako je nelikvidno i/ili prezaduženo u skladu s propisanim kriterijima:

1. Dužnik se smatra **nelikvidnim** ukoliko nije u mogućnosti isplatiti dospjele obveze duže od 30 dana i ako ima više od jednog vjerovnika;
2. Dužnik se smatra **prezaduženim** ako njegove nepodmirene obveze premašuju ukupnu vrijednost njegove imovine i ima više od jednog vjerovnika.

### 3.3.2. Pokretanje postupka

Ako je poduzeće insolventno, stečaj se može pokrenuti prijedlogom samog dužnika ili vjerovnika. Nadležni sud će razmotriti navedeni prijedlog i u roku od 15 dana donijeti odluku o odobrenju odnosno odbijanju prijedloga. Ako prijedlog za pokretanje stečaja podnese dužnik i odlučujuće činjenice su dokazane priloženim dokumentima, sud neće ispitivati vjerovnike. Dužnik mora podnijeti popis imovine, dugova, vezanih osoba i ostale potrebne informacije. Ako prijedlog za pokretanje stečaja podnosi vjerovnik, on mora dokazati sudu da je dužnik insolventan, odnosno nelikvidan. Budući da vjerovnici nemaju pristup knjigama poslovanja dužnika oni ne mogu dokazivati njegovu prezaduženost. Vjerovnik tada mora dokazati sudu da je ovlašten podnijeti prijedlog i dokazati insolventnost dužnika.<sup>59</sup>

### 3.3.3. Uloge različitih sudionika

Dužnik je dužan spriječiti insolventnost. Kada prijeti stečaj, dužnik bi trebao usvojiti, bez odgođe, odgovarajuće i adekvatne mjere da ga spriječi. Upravitelj je dužan upravljati imovinom s pažnjom dobrog stručnjaka kako bi se osiguralo da se imovina štiti od oštećenja, gubitka, uništenja ili drugog propadanja i kako bi se osiguralo da su administrativni troškovi nastali samo u potrebnoj mjeri i nakon temeljitog razmatranja njihove svrsishodnosti. Tijekom stečajnog postupka, upravitelj upravlja imovinom koja ulazi u stečajnu masu, na način da ju ostvaruje i koristi sredstva realizacije radi namirenja zahtjeva u vjerovnika. Sud obavlja nadzor cjelokupnog stečajnog postupka te nadzire djelovanje upravitelja.<sup>60</sup>

### 3.3.4. Neformalni (izvansudski) postupak restrukturiranja

Poduzeća u Slovačkoj imaju alternativu u rješavanju svojih financijskih problema između sudskog postupka restrukturiranja i izvansudskog, neformalnog postupka. Iako izvansudski postupak restrukturiranja nije uređen zakonima, isti može rezultirati povoljnom situacijom i za dužnika i u određenim slučajevima i za vjerovnike, za razliku od formalnog postupka restrukturiranja. Primjerice, u izvansudskom postupku restrukturiranja dužnik nije pod prijetnjom likvidacije, što

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> Dostupno na mrežnim stranicama: [http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy\\_svk](http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_svk) (12.2.2014.).

nije slučaj u formalnom postupku u kojem je to posljedica neuspješne provedbe plana restrukturiranja, odnosno njegova neprihvatanja od strane vjerovnika. Ipak, postoje i razlozi zbog kojih će dužnik prije odabrati formalni postupak, poput cijena pristojbi i zaštite dužnika od individualnih tužbi vjerovnika, budući da su tijekom sudskog postupka restrukturiranja ostali postupci suspendirani.

### 3.3.5. Formalni postupak restrukturiranja

Dužnik i svaki vjerovnik, uz pristanak dužnika, može podnijeti prijedlog za pokretanje stečaja. Vjerovnik može podnijeti prijedlog za odobrenje restrukturiranja pod istim uvjetima kao i dužnik uz dodatni uvjet pristanka. Cilj je ovog postupka priprema i prihvaćanje plana restrukturiranja kojim će se proporcionalno namiriti potraživanja vjerovnika i sačuvati poslovanje dužnika ili barem vitalnog dijela poduzeća što nije slučaj kod klasičnog stečajnog postupka. U početnoj fazi restrukturiranja dužnik/vjerovnik, odnosno vjerovnici imenuje/imenuju upravitelja koji će dati mišljenje o restrukturiranju (ova faza traje otprilike mjesec dana). Osnovni preduvjeti za davanje pozitivnog mišljenja o restrukturiranju su: (a) preduvjet održivosti barem bitnog dijela imovine dužnika i (b) preduvjet da će potraživanja vjerovnika biti u istoj ili većoj mjeri i na uspješniji način podmirena nego u klasičnom stečajnom postupku.

Ako dužnik/vjerovnik, odnosno vjerovnici prime pozitivno mišljenje upravitelja, slijedi postupak kojeg vode uprava dužnika i stečajni upravitelj, a sve to pod nadzorom suda i vjerovnika.<sup>61</sup> Uprava dužnika mora u roku od 90 dana od izdavanja pozitivnog mišljenja o restrukturiranju predložiti plan restrukturiranja o kojem će odbor vjerovnika glasati u roku od narednih 15 dana. U navedenom roku, u kojem uprava mora predložiti plan restrukturiranja, poduzeće dužnika ne prekida poslovanje. Vjerovnici glasaju po skupinama u koje se dijele prema kriterijima predviđenim planom.<sup>62</sup> Da bi se plan izglasao potrebno je postići bročanu većinu vjerovnika i većinu po visini iznosa potraživanja prisutnih vjerovnika u kombinaciji s odobrenjem skupine vjerovnika s osiguranim potraživanjima.

Ako vjerovnici odobre plan, isti se podnosi sudu na odobrenje pri čemu sud provjerava plan s pravnog aspekta. Sud također može nadomjestiti prihvaćanje plana pojedine skupine vjerovnika ako su ispunjeni sljedeći uvjeti: (a) plan restrukturiranja ne stavlja dotičnu skupinu vjerovnika u lošiji položaj od onog u kojem bi bili da se provodi klasični postupak stečaja, (b) većina skupina vjerovnika prihvatila je plan potrebnom većinom, (c) vjerovnici su glasovali za plan jednostavnom većinom prema visini njihova potraživanja. Plan stupa na snagu objavom sudske odluke o odobrenju plana u službenim novinama. U postupku restrukturiranja uprava dužnika nastavlja upravljati poduzećem, ali pod nadzorom upravitelja i suda. Cijeli

61 MYSICKA, Viliam, *op. cit.*

62 U pravilu plan predviđa skupinu osiguranih vjerovnika, skupinu vjerovnika s neosiguranim tražbinama, skupinu s podređenim potraživanjima i skupinu dioničara. Ove skupine također mogu biti podijeljene u daljnje skupine prema određenim kriterijima koje ih povezuju.

postupak traje otprilike šest do osam mjeseci prilikom kojih dužnik ima zaštitu od individualnih tužbi vjerovnika. Međutim, proglašenjem stečaja ne obustavljaju se porezni, carinski postupci, postupci u vezi s uzdržavanjem maloljetne djece. S druge strane, ako sud ne odobri plan, prekinut će postupak restrukturiranja i proglasiti stečaj nad dužnikovom imovinom.<sup>63</sup>

Nakon proglašenja stečaja pravo raspolaganja imovinom koja čini stečajnu masu i ovlaštenje da djeluje u pitanjima u svezi s ovom imovinom prelazi na upravitelja, upravitelj djeluje u ime i za račun stečajne mase. Upravitelj zamjenjuje upravu dužnika, prikuplja imovinu, popisuje i potvrđuje dugove, putem prodaje unovčuje imovinu dužnika i distribuira tako dobivena sredstva vjerovnicima.<sup>64</sup>

### 3.4. Republika Poljska

Poljsko stečajno zakonodavstvo izmijenjeno je Zakonom o stečaju i restrukturiranju<sup>65</sup> koji je stupio na snagu 1. listopada 2003. Značajna izmjena donesena je 6. ožujka 2009. kako bi se proces restrukturiranja omogućio većem broju poduzeća s financijskim poteškoćama.

U Poljskoj se razlikuju dvije vrste postupka<sup>66</sup>:

**a) Stečajni postupak** („*postępowanie upadłościowe*“) koji može biti: postupak likvidacije imovine (polj. „*upadłość obejmujaca likwidacje*“) koja ulazi u stečajnu masu i iz sredstava dobivenih prodajom namiruju se vjerovnici i postupak nagodbe (polj. „*upadłość z możliwością zawarcia układu*“) kojim se održava poslovanje poduzeća dužnika koji podliježe odobrenju vjerovnika i suda.

**b) Postupak restrukturiranja** („*postępowanie naprawcze*“) koji je pojednostavljen postupak koji vodi uglavnom sam dužnik, ali pod određenim nadzorom suda.

#### 3.4.1. Stečajni postupak

Glavni cilj stečajnog postupka u Poljskoj je namiriti potraživanja vjerovnika u što većoj mjeri, te ako je moguće nastaviti poslovanje postojećeg poduzeća dužnika. Stečajni postupak može završiti ili likvidacijom ili nagodbom vjerovnika i dužnika.

Stečaj se može otvoriti samo nad dužnikom koji postane ispunjava određene kriterije:

- a) Insolventnosti** - dužnik nije u mogućnosti platiti svoje obveze i dugove;
- b) Prezaduženosti** - obveze nadmašuju vrijednost imovine;

63 CLIFFORD CHANCE, *op. cit.*

64 Cilj je stečajnog postupka namirenje tražbina vjerovnika realizacijom imovine dužnika. Realizacija imovine znači pretvaranje cijele imovinu koja je predmet stečaja u novčanu vrijednost u slovačkoj valuti kako bi se namirila potraživanja vjerovnika. Realizacija također uključuje osiguranje novca u stečaju, primanje izvršenja stečajnih monetarnih potraživanja i prodaja poduzeća u stečaju ili njegova dijela. Realizacija sredstava koja čine stečajnu masu ima za cilj maksimiziranje prihoda u najkraćem mogućem vremenu s najmanjim mogućim troškovima. *Ibid.*

65 Bankruptcy and Recovery Law iz 2003. i reforme Zakona od 31. ožujka 2009.

66 European Insolvency procedures, Clifford Chance, London, 2012.

**c) Prijeteće insolventnosti** - postoji sumnja da neće biti u mogućnosti platiti većinu svojih obveza kada dospiju.

### 3.4.2. *Postupak likvidacije*

Stečajni postupak započinje podnošenjem prijedloga dužnika ili vjerovnika. Odbacivanje prijedloga može se temeljiti na nedostatku vrijednosti ili pravne osnove.<sup>67</sup> Kada prijedlog za pokretanje stečajnog postupka podnese dužnik, prije nego proglasi stečaj, sud mora provesti postupak osiguranja potraživanja te može odrediti privremeni sudski nadzor. S druge strane, kada prijedlog podnosi vjerovnik sud može poduzeti gore navedene mjere ako to zahtijeva vjerovnik. Sud po diskrecijskoj ocjeni može suspendirati početak učinka postupka i imenovati stečajnog upravitelja nad imovinom dužnika ili osigurati dužnikovu imovinu na drugi način.

Na početnom sastanku vjerovnika, vjerovnici mogu odlučiti: (a) o vrsti postupka (likvidacija ili nagodba); (b) o imenovanju odbora vjerovnika; (c) dati mišljenje o imenovanom stečajnom upravitelju ili nadzorniku te izvršitelju; (d) dati pristanak na nagodbu s insolventnim dužnikom (ako sastanku prisustvuje barem polovica vjerovnika čija potraživanja iznose najmanje tri četvrtine ukupnog iznosa potraživanja svih vjerovnika neosporenih i vjerodostojnih potraživanja). Sud bi trebao u roku od dva mjeseca od dana podnošenja prijedloga za pokretanje postupka donijeti odluku o započinjanju postupka, no ako to ne učini u navedenom roku nisu predviđene pravne posljedice.

### 3.4.3. *Postupak nagodbe*

Ako se proglasi stečaj, ali dopusti mogućnost nagodbe između dužnika i vjerovnika, dužnik mora predložiti sadržaj nagodbe unutar mjesec dana. Zajedno s prijedlogom nagodbe, stečajni dužnik mora priložiti i izvještaj o novčanim tijekovima poduzeća za zadnjih 12 mjeseci. Ako insolventno poduzeće ne podnese prijedlog nagodbe u zadanom roku, oduzet će mu se pravo upravljanja imovinom, osim ako već nije izgubio navedeno pravo, kao i pravo da podnese nagodbu.

Ako sud proglasi stečaj po prijedlogu vjerovnika, vjerovnici također mogu predložiti nagodbu. Čak i ako sud donose odluku o započinjanju stečaja s posljedicom likvidacije, nagodbu mogu podnijeti stečajni dužnik, izvršitelj i odbor vjerovnika.

Prijedlog za nagodbu dužnika s vjerovnicima može sadržavati bilo koju od sljedećih mjera restrukturiranja dužnikovih obveza: (a) produženje razdoblja

67 Sud će odbaciti prijedlog za pokretanje stečaja ako: imovina dužnika nije dostatna da bi se namirili troškovi postupka; stečajna imovina je opterećena do te mjere da neopterećeni dio imovine dužnika nije dovoljan za naknadu troškova postupka; ili ako poduzeće u stečaju nije ispunilo svoje financijske obveze u manje od 3 mjeseca a njegove dospjele obveze ne prelaze 10 % bilančne imovine poduzeća (10/90 Test) pod uvjetom da: (a) nema trajnijeg neispunjenja obveza i (b) odbijanje prijedloga za pokretanje stečaja nije štetno za vjerovnike.

ispunjenja obveza, (b) mogućnost namirenja potraživanja vjerovnika u ratama i (c) zamjenu potraživanja u udjele u kapitalu dužnika itd.<sup>68</sup>

Prijedlog nagodbe smatra se prihvaćenim ako je za njega glasovala većina vjerovnika koji zajedno drže najmanje dvije trećine od ukupnog iznosa potraživanja vjerovnika ovlaštenih za glasanje. Ako su vjerovnici podijeljeni u skupine, nagodba se smatra izglasana ako je za nju glasovala većina vjerovnika u svakoj grupi, s najmanje dvije trećine visine iznosa potraživanja od ukupnog iznosa potraživanja ovlaštenih za glasanje u toj grupi. Međutim, nagodba može biti izglasana i ako za nju nije glasala potreba većina vjerovnika u pojedinoj skupini, i to: (a) ako je postignuta potreba većina u svim drugim skupinama vjerovnika; (b) ako se nagodbom, vjerovnike skupine u kojoj nije postignuta potrebna većina, ne stavlja u lošiji položaj od onog u kojem bi bili da se provodi postupak likvidacije.<sup>69</sup>

#### 3.4.4. *Postupak restrukturiranja*

Restrukturiranje je izvansudski postupak kojim upravlja poduzetnik dužnik osobno. Samo dužnik može predložiti postupak restrukturiranja, dok vjerovnici nemaju pravo da pokrenu navedeni postupak. Glavni je cilj ovog postupka zaključenje sporazuma između dužnika i vjerovnika, koji će biti temelj za restrukturiranje dužnikovih obveza. Postupak se može provoditi samo u odnosu na subjekte kojima prijete insolventnost (još su solventni, ali su naišli na određene financijske teškoće i razvidno je da bi poduzeće u budućnosti moglo postati insolventno). Međutim, u slučajevima u kojima je već spomenuti Test 10/90 pozitivan, i insolventan dužnik može provesti postupak restrukturiranja.

Plan restrukturiranja osigurat će reorganizaciju dužnikovih obveza prema vjerovnicima, s tim da nije ograničen krug mjera koje se mogu predvidjeti planom radi ostvarenja njegova cilja, osim onoga što je zabranjeno zakonom. Vjerovnici glasaju za plan u grupama te je predmetom odobrenja suda.<sup>70</sup> Postupak restrukturiranja ne mogu provoditi sljedeća poduzeća: (a) poduzeća koja su već provodila postupak restrukturiranja, osim ako nije proteklo dvije godine od prekida prethodnog postupka; (b) poduzeća koja već provode postupak restrukturiranja, osim ako nije proteklo pet godina od izvršenja postupka restrukturiranja; (c) ako je postupak stečaja bio prekinut ili je prijedlog za stečaj odbačen zbog nedostatnosti imovine dužnika za pokrivanje troškova postupka, osim ako je proteklo pet godina od takvog prekida ili odbacivanja.<sup>71</sup>

68 ALLEN & OVERY, *op. cit.*

69 CLIFFORD CHANCE, *op. cit.*

70 ALLEN & OVERY, *op. cit.*

71 CLIFFORD CHANCE, *op. cit.*

### 3.5. Republika Slovenija

Na koncepciji jugoslavenskoga stečajnog prava nastalo je novo slovensko insolventijsko pravo.<sup>72</sup> Prema *Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju*,<sup>73</sup> koji se primjenjuje od 1. listopada 2008.,<sup>74</sup> cilj prisilne nagodbe (*prisilne poravnave*) je dužniku, koji je postao **insolventan** omogućiti financijsko prestrukturiranje kojim postaje kratkoročno i dugoročno platežno sposoban, a vjerovnicima omogućuje povoljnije uvjete plaćanja njihovih tražbina od onih koji bi bili da je nad dužnikom pokrenut stečajni postupak (čl. 136. ZFPPIPP). Dakle, cilj je prisilne nagodbe obostrano koristan pravni posao, zapravo kompromis u kojem se jednako i ravnopravno štite pravni interesi dužnika, ali i njegovih vjerovnika. Pravilo je da nakon početka stečajnog postupka nije dopušteno predlagati postupak prisilne nagodbe.

Postupci prisilne nagodbe smješteni su u 4. poglavlju Insolventijskog zakona. Pravila o prisilnoj nagodbi nalaze se u čl. 135.-220., dok su pravila o postupku pojednostavljene prisilne nagodbe u čl. 221.a - 221.g. Insolventijskog zakona.<sup>75</sup>

Oba postupka nagodbe, a prije i izvan stečajnog postupka provodi isključivo sud koji donosi i ključne, meritorne odluke o nagodbi između dužnika i njegovih vjerovnika. Pored suda, važnu ulogu u postupcima ima i upravitelj.<sup>76</sup> Insolventijski zakon time omogućuje sudsku kontrolu postupka prisilne nagodbe u kojem su dužnik i vjerovnici ravnopravni sudionici dok je upravitelj objektivno operativno tijelo.

O uredno podnesenom prijedlogu dužnika ili osobno odgovornoga člana dužnika za prisilnu nagodbu sud odlučuje u roku od osam dana od primitka prijedloga (čl. 154. Insolventijskog zakona). Pravne posljedice početka postupka prisilne nagodbe nastaju s početkom dana objave oglasa o početku postupka prisilne

72 IVANJKO, Šime, Novo insolventno pravo i osobni stečaj u Sloveniji, Zbornik radova - Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar, 2009., br. 7, str. 49-56.

73 Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, Ur. list RS, št. 13/14. - uradno prečišćeno besedilo.

74 Prethodnica je bio Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (Ur. list RS, št. 67/93., 74/94. - odluka US, 8/96. - odluka US, 25/97. - ZJSRS, 39/97., 1/99. - ZNIDC, 52/99., 101/01. - odluka US, 42/02. - ZDR, 58/0. - ZZK-1 i 10/06. - odluka US). Znači, ZPNSL je u Sloveniji bio dugovječan i važio je čak 11 godina duže nego u Hrvatskoj.

75 Institut preventivnog prestrukturiranja odvija se prije nastupa insolventnosti i radi ozdravljenja dužnika (v. *infra* bilj. br. 20.). U čl. 4., st. 9. hrvatskog Stečajnog zakona kao jedan od stečajnih razloga navodi se i *prijeteća nesposobnost za plaćanje* kojom sam dužnik može predložiti otvaranje stečajnog postupka ako učini vjerojatnim da svoje već postojeće obveze neće moći ispuniti po dospijeću. Dakle, sam dužnik smatra da će postati nelikvidan i nesposoban za plaćanje, a možda i prezađujen zbog čega je stečajni likvidacijski postupak, a ne predstečajna nagodba nad njim najrealnija opcija.

76 Prema čl. 61. Insolventijskog zakona, jedna je od dužnosti upravitelja izjašnjenje o pristiglim tražbinama tako da ih priznaje ili ih osporava. Ako pak upravitelj osporava prispjelu tražbinu dužan je izjasniti se o razlozima osporavanja. Jednom priznate tražbine upravitelj više ne može osporavati.

nagodbe (čl. 157. Insolvencijskog zakona). Nakon postupka, vjerovnici odlučuju o prisilnoj nagodbi glasovanjem. U konačnici, o svemu odlučuje sud koji izdaje rješenje o potvrdi prisilne nagodbe (čl. 209. Insolvencijskog zakona). Sud će takvo rješenje donijeti ako su kumulativno ispunjeni sljedeći uvjeti: a) ako je postignuta većina potrebna za usvajanje prisilne nagodbe; b) ako nije uložena prigovor protiv vođenja postupka prisilne nagodbe ili je bio uložena, ali je odbačen ili odbijen i c) ako je postupak upisa i uplate novih dionica bio uspješan kada je predmet prisilne nagodbe alternativna ponuda iz st. 1., čl. 144. Insolvencijskog zakona ili iz st. 2., čl. 144. Insolvencijskog zakona (*alternativni prijedlog prisilne nagodbe s pretvorbom tražbina u udjele*).

Sud mora rješenje o potvrdi prisilne nagodbe donijeti i objaviti u roku od tri (3) dana po primitku izračuna upravitelja o ishodu glasovanja o prisilnoj nagodbi. Od ovoga pravila postoje izuzeci. To su sljedeći slučajevi: a) ako je protiv rješenja s kojim je sud odbacio ili odbio prigovor protiv vođenja postupka prisilne nagodbe uložena žalba o kojoj još uvijek nije odlučeno; b) ako je sud drugog stupnja odbio ili odbacio žalbu, prvostupanjski sud rješenje o potvrdi prisilne nagodbe mora donijeti sljedeći radni dan po primitku rješenja drugostupanjskog suda; c) ako sud drugog stupnja izmjeni rješenje sukladno čl. 179. Insolvencijskog zakona (*odločanje o ugovoru*, odlučivanje o prigovoru) te d) ako je bio uložena prigovor protiv vođenja postupka prisilne nagodbe, a o njemu sud još nije odlučio u roku od tri dana po primitku izračuna upravitelja o ishodu glasovanja.

Smatramo bitnim novelu Insolvencijskog zakona iz 2013. objavljenu u Ur. l. br. 100/13. od 6.12.2013. Tom se novelom u ZFPPIPP uvodi potpuno novi pravni institut - postupak preventivnog prestrukturiranja –(dalje: PPP), (čl. 44.b.-44.z.). Odredbe o PPP-u nalaze se u sklopu poglavlja Financijsko poslovanje društava i drugih pravnih osoba, a ne u sklopu insolvencijskih postupaka. PPP se provodi kako bi se dužniku za kojega je vjerojatno da će u razdoblju od jedne godine postati insolventan omogućilo da na podlozi sporazuma o financijskom prestrukturiranju izvede potrebne mjere prestrukturiranja svojih financijskih obveza i druge mjere financijskog prestrukturiranja radi otklanjanja uzroka zbog kojih bi mogao postati insolventan (čl. 44.c.). Nadalje, o početku PPP odlučuje sud na prijedlog ovlaštenog predlagatelja. Prijedlog za početak PPP-a ovlašten je uputiti samo dužnik (44.f.). Otvaranjem postupka PPP-a nad dužnikom nije moguće otvoriti postupak prisilne nagodbe i stečajni postupak (čl. 44.k.). Sporazum o financijskom prestrukturiranju proizvodi pravne učinke s pravomoćnošću rješenja o potvrdi toga sporazuma (čl. 44. v.).

### 3.5.1. Pokretanje postupka

Materijalni uvjeti za pokretanje prisilne nagodbe i stečajnog postupaka postojanje je razloga za stečaj. Valjani razlozi za pokretanje stečaja u Sloveniji su insolventnost i prezaduženost dužnika.

**1. Insolventnost** - dužnik duže vrijeme nije u stanju plaćati svoje dospjele obveze. Pretpostavlja se da stečajni dužnik ili (i) više od dva mjeseca kasni s ispunjenjem jedne

ili više obveza u iznosu koji prelazi 20 % obveza navedenim u godišnjim izvještajima za prethodnu poslovnu godinu, ili (ii) više od tri mjeseca kasni s isplatom minimalnih plaća zaposlenicima ili s plaćanjem poreza i doprinosa za zaposlenike.

**2. Prezaduženost dužnika.** Insolventnost je u slovenskom pravu definirana kao dužnikova produžena nemogućnost da plati dospjele dugove. U tom slučaju (i) vrijednost obveza premašuje vrijednost imovine dužnika, ili (ii) gubici tijekom poslovne godine, uz prenesene gubitke dosežu 50 % temeljnog kapitala dužnika, a ne mogu biti pokriveni prenesenom dobiti ili iz rezervi.

Zahtjev za pokretanje prisilne nagodbe može podnijeti samo stečajni dužnik. S druge strane, zahtjev za početak stečajnog postupka mogu podnijeti vjerovnici, sami dužnici, osobno odgovorni dioničar, povjerenik nakon neuspjele nagodbe i inspektor rada.

Vodeća načela u postupku prisilne nagodbe su koncentracija i ograničenje rizika (čl. 227. i 228. ZFPPIPP). Na tim načelima temelji se preživljavanje poduzeća dužnika na temelju plana restrukturiranja kojeg predlaže dužnik ili osobno odgovorni član dužnika. Plan restrukturiranja smatra se prihvaćenim ako za njega glasa broj vjerovnika čije visine potraživanja predstavljaju šest desetina iznosa ukupno prijavljenih i potvrđenih potraživanja svih vjerovnika (čl. 205. i 201./3. ZFPPIPP).<sup>77</sup>

Stečajni postupak se provodi kako bi se prodala stečajna masa i namirili vjerovnici.<sup>78</sup> Imovina dužnika koja ulazi u stečajnu masu<sup>79</sup> stavlja se na prodaju na javnoj dražbi, osim ako sud ne naredi drugačiji tip prodaje u skladu s prethodnim mišljenjem odbora vjerovnika. U stečajnom postupku, sve ovlasti uprave dužnika, agenti i tijela upravljanja su obustavljeni, a prenose se na upravitelja od početka postupka.

Prije nego namirenje vjerovnika počne, iz stečajne se mase odbija iznos potreban za plaćanje troškova stečajnog postupka. Vjerovnici se namiruju sljedećim redom: prvo, vjerovnici s materijalnim pravom na imovinu, povlašteni vjerovnici i konačno preostali vjerovnici. Odluka o glavnoj diobi stečajne mase podnosi se

<sup>77</sup> Vjerovnici su u postupku prisilne nagodbe pozvani da prijave svoja potraživanja prema dužniku. Potraživanja se moraju podnijeti sudu u roku od 30 dana od dana objave obavijesti o početku postupka u slovenskom Narodnim novinama. Nepodnošenjem zahtjeva ili podnošenjem poslije roka vjerovnik ne gubi potraživanje, ali gubi pravo glasa. Isto vidi ĐORĐEVIĆ, Miodrag, *op. cit.*

<sup>78</sup> Vjerovnici se ne obavještavaju osobno o početku stečajnog postupka, nego putem Službenog lista i na oglasnoj ploči suda. Oni moraju prijaviti svoja potraživanja sudu u roku od dva mjeseca od objavljivanja obavijesti o početku stečajnog postupka u slovenskom službenom listu. Zahtjevi koji su podneseni smatraju se osnovanim ako ih upravitelj priznaje kao takve i vjerovnici nisu prigovorili zahtjevu do kraja razdoblja utvrđivanja potraživanja. Sud upućuje vjerovnike čija su potraživanja sporna da pokrenu postupak za utvrđivanje postojanje spornog zahtjeva u građanskom postupku.

<sup>79</sup> Stečajna masa dužnika koji je fizička osoba uključuje sva sredstva koja je dužnik imao na početku postupka ili koja stekne prije kraja postupka te imovinu osobno odgovornog dioničara, osim onoga dijela koji je potreban kako bi se zadovoljile njegove/njezine osnovne životne uvjete.



upravitelju i objavljuje na oglasnoj ploči suda. Na temelju pravomoćnog rješenja o glavnoj diobi, upravitelj isplaćuje vjerovnike u roku od 15 dana od dana stupanja na snagu odluke. Kada dužnikovi resursi postanu dostupni vrši se daljnja dioba.<sup>80</sup>

### *3.5.2. Uloge sudionika u postupku*

Sud odlučuje o pokretanju stečajnog postupka, prodaji dužnika (koji je pravna osoba), imenovanju i razrješenju stečajnog upravitelja/upravitelja za prisilno namirenje, odobravanju nacрта sporazuma za glavnu diobu stečajne mase, itd.

U postupku prisilne nagodbe imenuje se upravitelj za prisilno namirenje, a u stečajnom postupku stečajni upravitelj. Glavne dužnosti upravitelja prisilnog namirenja, odnosno stečajnog upravitelja sastoji se od provjere stanja dužnika imovine i poslovnih aktivnosti, popisa vjerovnika, vjerodostojnosti prijavljenih potraživanja itd. Osim toga, stečajni upravitelj ostvaruje prava upravljanja i vlasnička prava u skladu sa zahtjevima iz stečajnog postupka, provodi poslovanje dužnika i predstavlja dužnika.

Kako bi se zaštitili interesi vjerovnika u postupku prisilne nagodbe, sud imenuje odbor vjerovnika. Odbor ima pravo uvida u dužnikovo poslovanje i financijsku situaciju, i pravo davanja prijedloga i mišljenja. Svaki vjerovnik ima pravo podnijeti žalbu protiv odluke kojom se odobrava, odnosno odbija prisilna nagodba u roku od osam dana od dana objavljivanja odluke na oglasnoj ploči suda. Nadalje, svaki vjerovnik čije je potraživanje smanjeno kao rezultat odobrenje prisilne nagodbe može, u roku od šest mjeseci od isteka roka za izvršenje prisilne nagodbe, zahtijevati da sud povuče svoje odobrenje prisilne nagodbe, ako smatra da je dužnik u stanju ispuniti sve svoje obveze kao rezultat poboljšanja gospodarske i financijske situacije.<sup>81</sup>

U stečajnom postupku odbor vjerovnika obično se uvijek postavlja kako bi se zaštitili interesi vjerovnika, osim ako je vrijednost stečajne mase neznatna ili ako bi to dovelo do značajnog povećanja troškova postupka. Općenito govoreći, u oba navedena postupka vjerovnici imaju pravo žalbe na odluke suda, osim onih koje se odnose na rad upravitelja, na koje mogu utjecati primjedbama ili prijedlozima.<sup>82</sup>

80 Dostupno na mrežnim stranicama: [http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy\\_sln\\_en.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_sln_en.htm). (15.3.2014.).

81 Vjerovnici su također ovlašteni zatražiti poništenje prisilne nagodbe pokretanjem parnice u građanskom postupku u roku od dvije godine od stupanja na snagu odluke kojom se odobrava prisilna nagodba ako je prisilna nagodba odobrena na temelju prijevernih osnova.

82 Vjerovnici i upravitelj imaju pravo na osporavanje pravnih radnji dužnika (u slučaju upravitelja samo ako je ovlašten od strane suda). Pritužbe i prigovori se podnose protiv osobe u čiju je korist radnja počinjena. Pobijanje može biti usmjereno protiv svih pravnih radnji (uključujući i nečinjenje) čiji je rezultat nerazmjerna ili smanjena isplata vjerovnicima ili na čiji račun pojedini vjerovnici se stavljaju u povoljniji položaj. Tužitelj mora dokazati da je druga strana, u čijem je interesu radnja počinjena, bila svjesna ili je trebala biti svjesna loše financijske situacije dužnika (subjektivni element "namjera"). Zakon određuje zakonske pretpostavke, kada se ovaj uvjet smatra ispunjenim i slučajeva gdje pravne radnje ne mogu biti pobijane. U stečajnom postupku, pravne radnje se mogu osporavati ako su počinjene

### 3.5.3. Zaključenje postupka

U postupak prisilne nagodbe sud podržava postupak prisilne nagodbe pod uvjetom da je za tu odluku glasovao broj vjerovnika koji predstavljaju više od 60 % svih potraživanja vjerovnika s pravom glasa. Inače, sud zatvara postupak prisilne nagodbe.

Što se tiče stečajnog postupka kada se sve formalnosti ispune, upravitelj priprema izvješće i predlaže zatvaranje postupka sudu. Sud objavljuje odluku o zatvaranju postupka u slovenskom službenom listu. Konačna odluka o završetku ili prekidu stečajnog postupka upisuje se u sudski registar. Ovim činom dužnik prestaje biti pravna osoba.<sup>83</sup>

## 4. UMJESTO ZAKLJUČKA: (NE)USPJEŠNOST PRAVNOG TRANSPLANTIRANJA U HRVATSKOM STEČAJNOM ZAKONODAVSTVU

Ne postoji idealan tip stečajnog postupka. Uvjerenje o djelotvornoj ravnoteži između svih zahtjeva stranaka ima utopijsku dimenziju. Uvaženo je stajalište pravne teorije kako insolventnijski/stečajni model u ukupnosti odražava pravno, povijesno, političko i kulturno nasljeđe zemlje koja ga je razvila.<sup>84</sup> Ipak, i zemlje koje dijele zajedničku pravnu tradiciju, primjerice Sjedinjene Američke Države, Velika Britanija, Kanada, Australija i Novi Zeland, značajno se razlikuju u reguliranju instituta korporativnog, ali i potrošačkog stečaja.<sup>85</sup> Navedena teza posebno dolazi do izražaja ako analiziramo zemlje s različitim pravnim tradicijama, poput onih u kontinentalnoj Europi (romanski, germanski ili anglosaksonski krug zemalja) ili zemljama Azije (ruski, japanski, kineski, korejski pravni poreci).<sup>86</sup> Dakle, ostaje činjenica da postoje različita normativna uređenja stečajnih postupaka u raznim nadležnostima, zbog čega se i neka temeljna pravila mogu značajno razlikovati od države do države. Štoviše, u pravnoj se teoriji govori čak i o „stečajnim kulturama“.<sup>87</sup> Međutim, iako se u prethodnim analizama primjećuje određena

---

u godini koja prethodi početku stečajnog postupka pod uvjetom da je pobijanje pokrenuto u roku od šest mjeseci od objave obavijesti o početku stečajnog postupka u slovenskom Narodnim novinama ili prije roka za glavnu diobu, ako je rok za diobu već određen.

83 Vidi mrežne stranice: [http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy\\_sl\\_n\\_en.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_sl_n_en.htm). (12.2.2014.).

84 Detaljnije MARTIN, Nathalie, *The Role of History and Culture ...cit.*, str. 1-78.

85 Vidi *id.*, *Common-Law Bankruptcy Systems: Similarities and Differences*, *American Bankruptcy Institute Law Review*, vol. 11, 2003., str. 367., 403-410.

86 *The Second Forum for Asian Insolvency Reform (FAIR)*, Bangkok, Thailand 16-17, December, 2002. in partnership with The Government of Japan and The World Bank. Dostupno na mrežnim stranicama: <http://web.worldbank.org/> (12.04.2014.).

87 Primjerice, VIRGOS, Miquel, *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: An Insider's View*, Kluwer Law International, The Hague, 1998., str. 1.

različitost, ona nas upućuju na dva primarna cilja stečajnog postupka.<sup>88</sup> Prvi je namirenje vjerovnika i ostvarivanje njihovih imovinsko-pravnih zahtjeva, kao i prestanak poslovnog subjekta koji ne može izvršavati svoje dospjele obveze. Drugi ukazuje kako je osim tradicionalnog modela likvidacijskog stečaja, u posljednja dva desetljeća razvijen, po uzoru na anglo - američki model (tzv. *debtor in possession*) i model reorganizacije stečajnog dužnika (poduzeća). Također je vidljiva činjenica da razlike između pravnih sustava posttranzicijskih europskih država sve više potiskuje harmonizacija, tj. preuzimanje pojedinih „iskušanih“ pravnih rješenja i instituta. Ovo „novo“, europsko pravo ima za cilj ujednačavanje pravnih sustava u europskom pravnom krugu, a u tom procesu sve više će se gubiti posebnosti pravnih sistema pojedinačnih država. U okviru takve harmonizacije, vlade europskih zemalja pokušavaju smanjiti negativnu percepciju, stigmu povezanu s poslovnim neuspjehom, stečajem, i za idejnim rješenjima tragaju u jednom od američkih neformalnih reorganizacijskih modela, tzv. *prepackaged* stečajnom modelu. U praksi je, kako bi se iskoristile glavne prednosti neformalnih procesa reorganizacije i minimizirale njihove mane, razvijen poseban model, tzv. unaprijed dogovoreni stečajni (*pre-packed*) planova. Naime, u razvijenim tržišnim gospodarstvima, broj poduzeća u poslovnim poteškoćama relativno je mali, a broj poduzeća u stečaju još manji. Međutim, u posttranzicijskim državama, dakle i Hrvatskoj, velik dio malih i srednjih poduzeća nalazi se u poslovnim poteškoćama. Prisilna stečajna likvidacija svih takvih poduzeća nije rješenje jer su u pitanju veliki proizvodni kapaciteti koji mogu biti zauvijek izgubljeni. Štoviše, financiranje naknade (iz državnog proračuna) za nezaposlenost viška radne snage te održavanje socijalnog mira stavlja dodatni pritisak na državni proračun. Društveno nepoželjne posljedice likvidacije poduzeća tih razmjera naglašava restrukturiranje kao alternativu koju treba snažno poticati. Stoga institut *prepacka*, kao hibridna tvorevina, prema mišljenju pravne i ekonomske doktrine, kombinira najbolje karakteristike dva modela reorganizacije: neformalne izvansudske i formalne reorganizacije po pravilima glave 11 američkoga Stečajnog zakonika, dajući rezultat koji karakteriziraju određene prednosti (prije svega s aspekta dužnika) u odnosu na oba modela. Prednosti *prepacka* u odnosu na redovitu stečajnu reorganizaciju ogledaju se u brzini, uštedi te činjenici kako poslovanje trpi samo manje poremećaja dajući pritom dužniku više kontrole nad čitavim procesom. Prednosti, smatra doktrina, u odnosu na neformalnu izvansudsku reorganizaciju ogledaju se u poreznim uštedama, ali možda najvažnije u smanjenju *holdout* problema (problem kočenja, problem zadržavanja od strane vjerovnika), i to, tzv. *cramdown*, odnosno nametanjem plana reorganizacije nesuglasnim vjerovnicima. Kao što je u radu već rečeno ovaj vid neformalne reorganizacije najprije se počeo koristiti u SAD-u, ali se kasnije proširio te je implementiran, primjerice, u njemački insolventni zakon. Naravno, različiti pravni sustavi nastajali su u različitim okruženjima, a zemlje u kojima su se razvijali, razlikovale su se po svom stupnju razvitka i po autonomiji koju su posjedovale. Tako smo vidjeli da je u Češkoj

88 RAYMOND AZAR, Ziad, *op. cit.*, str. 282. *et seq.*

reformom Zakona iz 2009. uveden institut „prepacka“, koji kombinira najbolje karakteristike dva modela restrukturiranja. Slovačka, pored formalnog stečajnog postupka koji završava likvidacijom ima i neformalni izvansudski postupak reorganizacije koji podrazumijeva dogovor između vjerovnika i dužnika. Novom reformom SZ-a u Poljskoj, postupak restrukturiranja (*postepowanie naprawcze*) dodatno je pojednostavljen na način da se postupak provodi izvan suda (uz kontrole suda). U Sloveniji je plan financijske reorganizacije dio prisilne nagodbe (*postopek prisilne poravnave*), koji se može provesti isključivo prije, tj. izvan stečaja. Ako ne dođe do nagodbe, uslijedit će „klasični“ stečajni postupak bez daljnje mogućnosti restrukturiranja. Hrvatsku i obrađena zakonodavstva dijele mnoge različitosti, prvenstveno kulturalne, ali ipak postoje i neke sličnosti. Možda i najveća od njih je situacijska podvrnutosti globalizacijskim tokovima, odnosno vanjskim pritiscima i vanjski iniciranim pravnim reformama koje imaju za cilj ove zemlje smjestiti u krug modernih i liberalno-demokratskih društava. U kontekstu navedenog, hrvatsko stečajno pravo od početka devedesetih godina prošlog stoljeća prolazi razdoblje sveopće tranzicije. Stečajni zakon donesen je 1996. i otada je mijenjan sedam puta. Ipak za razliku od uobičajenih političkih i često demagoških fraza kojima se ističe europeizacija prava, „stečajna zbilja“ izgleda mnogo kompliciranije i često je prožeta mnogim pravnim nejasnoćama i nepoznanicama kada se to tiče određenog modela zakona i cilja koji se njime želi postići.<sup>89</sup> Posljednjih godina se govorilo o ekonomskoj neučinkovitosti državne organizacije. Kada se navedene teze dovede u vezu, postaje jasno da su se prethodnih godina odigravali procesi koji su vodili k „slabljenju“ uloge sudova. Navedena ograničenja dovela su do zaključka kako je nužno rasteretiti sudove kako bi se stečajni predmeti rješavali u razumnim rokovima. To se jednim dijelom nastoji riješiti uvođenjem izvansudskog postupka nagodbe između dužnika i vjerovnika, odnosno implementiranjem Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (ZFPPN), čiji je proklamirani cilj omogućiti dužniku izvansudsko restrukturiranje i nastavak poslovanja te „prisiliti“ vjerovnike da u razumnom roku donesu ključne odluke o sudbini dužnika.<sup>90</sup> U Obrazloženju Konačnog prijedloga ZFPPN-a navodi se kako je primjena Stečajnog zakona dovela u pravilu do likvidacije pravne osobe te da u europskom pravnom krugu postoji blagi zaokret prema modelu restrukturiranja i opstanka dužnika nalik na glavu 11. Stečajnog zakonika SAD-a. Autoritet država čije se pravo pozajmljuje od velike je važnosti. Uređenije i politički te ekonomski jače države, poput SAD-a, razvijale su svoje pravne specifičnosti te su bile u prilici takva rješenja nametnuti drugim državama. Doktrina upozorava da su neke države dobrovoljno prihvatile

89 Podrobnije, SAJTER, Domagoj, *Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 47, 2010., no. 1, str. 742.

90 ČUVELJAK, Jelena, *O predstečajnoj nagodbi prema Zakonu o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi*, RRIF, br. 10, str. 21. *et seq.* te DIKA, Mihajlo, *Predstečajna nagodba: pretpostavke, pokretanje, tijela, sudionici, provedba postupka, učinci, stavljanje izvan snage*, str. 54., u: *Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi* (NN, br. 108/12.), CRNIĆ, Ivica (ur.), Organizator, Zagreb, 2012.

„pozajmljenica“ jer nisu imale dovoljno razvijena vlastita pravna pravila, dok su se drugima ta pravna pravila nametala kolonizacijom i osvajanjem. U svakom slučaju novim hrvatskim zakonskim rješenjima predstečajne nagodbe od vjerovnika zahtijevaju aktivniji pristup u odlučivanju o sudbini dužnika. Zatim, neke od novih mjera usmjerenih k restrukturiranju poduzeća uključuju reprogramiranje dugova u izvansudskim nagodbama s vjerovnicima, prodaju udjela poduzeća investitorima te zamjenu dugova za vlasničke udjele u poduzeću. Ipak, osnovna razlika između *prepack* plana i predstečajne nagodbe u ulozi je suda. Upravo se *prepack* plan i naziva tako, jer se podnosi sudu zajedno s prijedlogom za pokretanje stečajnog postupka što nije slučaj kod predstečajne nagodbe koja se provodi pred FINA-om, a nadležni trgovački sud samo je „servis“ upravnom tijelu. Nadalje, kada govorimo o *prepack* modelu na sudu je da procjeni je li u postupku, koji je prethodio podnošenju ovoga plana, došlo do poštovanja svih imperativnih normi stečajnog zakona. Ipak, okolnost da je unaprijed pripremljeni plan reorganizacije usvojen od vjerovnika, ne znači da ga sud mora i potvrditi. S druge strane, tijela u postupku predstečajne nagodbe (nagodbeno vijeće i povjerenik predstečajne nagodbe) izuzeta su od bilo kakvog prava odlučivanja. Nagodbeno vijeće samo u tablice unosi ono što je dužnik priznao ili osporio te na temelju toga, bez prava na kritičku ocjenu donosi rješenje o utvrđenima i osporenim tražbinama. Trgovački sud prema svim odredbama ZFPPN-a može samo donijeti rješenje kojim odobrava sklopljenu predstečajnu nagodbu ili eventualno rješenje o odbacivanju prijedloga ako dužnik nije priložio neki od nužnih dokumenta. Ono što je zamjetno u implementaciji takvoga modela je činjenica kako je došlo do konvergencije različitih stečajnih kultura. U ZFPPN-u je razmotrena tendencija zblizavanja angloameričkog i europskog kontinentalnog prava. Ipak novi zakon ne treba osvajati nagrade za izvornost, već se u prvoj liniji mora „dokazati“ u praksi. I to vrlo brzo - zbog političkih (ne)prilika, ali i zbog pritiska raznih međunarodnih organizacija. Međutim postavlja se pitanje je li takvo „dokazivanje“ opravdano ako se spašavaju isključivo „velika“ trgovačka društava te ako se na taj način ošteti čitav niz „malih“ i „srednjih“ vjerovnika, i to kombinacijom državne intervencije i nekih pravila predstečajne nagodbe, kao što je pravilo potrebne većine (čl. 63. ZFPPN). Štoviše, ono što je zamjetno analizom učinaka predstečajnih nagodbi (Izvješće Ministarstva financija, od travnja 2014.) je da institut predstečajne nagodbe, koji se ne temelji na homogenom, u praksi ispitano osnovnom modelu, ipak nužno i zakon s kojima se ni u drugim pravnim sustavima nema iskustva. Takva su iskustva, međutim, nužna, da bi se pod (vremenskim i političkim) pritiskom implementirao zakon ili kako teorija u novije vrijeme navodi – da bi se uspješno „transplantirao“.

## Summary

### **ISSUES OF LEGAL TRANSPLANTS IN BANKRUPTCY LAW: COLLISION OF LEGAL TRADITIONS AND ECONOMIC FACTORS**

Due to the globalization of markets, modernization of bankruptcy proceedings is particularly important. Various international institutions such as World Bank, UNCITRAL, the IMF and the American Law Institute have focused on this issue and publish guidelines to promote the harmonization of bankruptcy and legal regulations. The starting point for the new Insolvency / Bankruptcy legislation of selected countries (Czech Republic, Slovakia, Polish, Slovenian and Croatian) was the German Insolvency Law (*Insolvenzordnung*) from 1994 (*vacatio legis* to 1999) which itself is significantly altered German insolvency legislation. The features of new laws in selected post transition countries are now largely in accordance with modern world solutions. However, in implementation of bankruptcy legislation selected countries are facing similar problems. Last amendments of Insolvency Law in selected countries go towards functionalization of bankruptcy law protection, by reducing the burden on the courts and introducing informal extrajudicial (bankruptcy) procedures. However, the analysis indicated that formal bankruptcy proceedings have not fulfilled their purpose. As such, proceedings were mostly conducted without restructuring plan or it took several years from initiating the proceedings until adoption of restructuring plan. Until recently, implementation of Insolvency / Bankruptcy legislation of selected countries led to the liquidation of the legal entity i.e. liquidation bankruptcy. Bankruptcy Law reforms in Germany and other developed European countries, inspired by the Chapter 11 of the US Bankruptcy Code, started favouring the restructuring and survival of the distressed companies. Authors emphasized that the foreign bankruptcy legislation cannot be easily mixed or directly transplanted in order to create a “new” law. They point out the necessity of clear orientation based on one particular law since the unification of individual, well-resolved institutes from different legal systems into the new law, often results with inconsistencies and ambiguities. Such “clear” technical approach is considered particularly important in Croatia since it has short time period and scarce resources. In this manner, it is possible to use foreign case law and literature in solving problems that arise from transplanting foreign legal solutions.

**Keywords:** *Insolvency / Bankruptcy law, Legal transplants, Guidelines for Croatia*

## Zusammenfassung

**FRAGEN DER RECHTLICHEN TRANSPLANTIERUNG  
DER INSOLVENZGESETZGEBUNG: KOLLISION DER  
RECHTSTRADITION UND WIRTSCHAFTLICHER FAKTOREN**

Durch die Marktglobalisierung gewinnt die Modernisierung des Insolvenzverfahrens an Bedeutung. Viele internationale Institutionen (*World Bank, UNCITRAL, MMF, American Law Institute*) schenken immer mehr Aufmerksamkeit dieser Problemfrage und es kommt langsam zur Gesetzesangleichung. Der Ausgangspunkt für neue Insolvenzvorschriften ausgewählter Länder (Tschechien, Slowakei, Polen, Slowenien und Kroatien) war die deutsche Insolvenzordnung aus dem Jahr 1994 (*vacatio legis* bis 1999), welche auch die deutsche Insolvenzgesetzgebung wesentlich geändert hat. Die Besonderheiten neuer Gesetze dieser (Post)transitionstaaten liegen in der Tatsache, dass dieser Rechtsbereich jetzt in großem Maße an moderne Beschlüsse der Welt angeglichen ist. Trotz dieser Tatsache werden (Post)transitionstaaten bei der Durchführung der Insolvenzgesetzgebung mit ähnlichen Problemen auseinandergesetzt. Die letzten Gesetzesnovellen in ausgewählten Staaten gingen in die Richtung der Funktionalisierung des insolvenzrechtlichen Schutzes, indem sie die Überforderung der Gerichte vermindert haben und informale außergerichtliche (Insolvenz-) Einigungen eingeführt haben. Die Analyse hat gezeigt, dass die Technik der Durchführung des formalen Insolvenzverfahrens keine Fortschritte aufwies und dass man das Insolvenzverfahren ohne den Restrukturierungsplan eröffnet, sowie dass von dessen Eröffnung bis zur Planerlassung Jahre vergehen. Ebenfalls wird betont, dass die Anwendung der gesetzten Insolvenzgesetzgebung ausgewählter Länder in der Regel zur Liquidation der juristischen Person führt (die sog. Auflösung durch Insolvenz) sowie dass es im deutschen und im europäischen Rechtskreis die Tendenz zur Einleitung des Restrukturierungsverfahrens und zur Fortführung der Unternehmenstätigkeit des Schuldners gemäß Titel 11 des US-Insolvenzgesetzes gibt. Es wird betont, dass fremde Rechte nicht willkürlich vermischt oder direkt transplantiert werden können, um „neues“ Recht herzustellen. Es wird auf die Notwendigkeit klarer Orientierung aufgrund eines Rechts hingewiesen, da der unvollständige Ansatz, welcher zur Vereinheitlichung einzelner Institute aus verschiedenen Rechtssystemen in einem neuen Gesetz neigt, anstatt die Probleme, welche vermieden werden konnten, zu lösen, sie eigentlich größer macht. Solcher „klare“ nomotechnische Ansatz ist von besonderer Bedeutung in der Republik Kroatien, weil man wenig Zeit und Mittel zur Verfügung hat und weil damit die Benutzung ausländischer Rechtspflege und Literatur als Hilfsmittel bei der Lösung der bei der Transplantation fremder Rechtsbeschlüsse vorkommenden Probleme ermöglicht wird.

**Schlüsselwörter:** *Insolvenzrecht, rechtliche Transplantation, Richtlinien für die Republik Kroatien.*

## Riassunto

### **QUESTIONI DI TRASPOSIZIONE GIURIDICA NELLA LEGISLAZIONE FALLIMENTARE: CONFLITTO TRA TRADIZIONE GIURIDICA E FATTORI ECONOMICI**

La globalizzazione del mercato riempie di significato l'ammodernamento della procedura fallimentare. A questo problema sempre crescente attenzione dedicano varie organizzazioni internazionali (*World Bank, UNCITRAL, MMF, American Law Institute*) e di conseguenza si sta giungendo ad un'armonizzazione della disciplina. Il punto di partenza per le nuove regole concorsuali e fallimentari nei vari paesi prescelti (Repubblica Ceca, Slovacchia, Polonia, Slovenia e Croazia) è comune: la legge fallimentare tedesca (*Insolvenzordnung*) del 1994 (*vacatio legis* fino al 1999), la quale ha significativamente trasformato la materia concorsuale in Germania. Le peculiarità delle nuove leggi dei paesi di (post)transizione sono tali da rendere la disciplina giuridica in buona parte conforme alle soluzioni mondiali moderne. Tuttavia, indipendentemente da ciò, tutti i paesi menzionati nell'applicazione pratica della legislazione fallimentare incontrano difficoltà simili. Le novelle più recenti nelle legislazioni di questi paesi sono andate nel verso della funzionalizzazione della tutela giuridica fallimentare, mediante la riduzione della pressione sui tribunali e mediante l'introduzione di procedure concorsuali extragiudiziali. Precisamente, l'indagine ha dimostrato che la tecnica dell'iter procedurale formale non ha portato ad alcun passo avanti nella risoluzione del problema e che nel procedimento fallimentare non entra di norma uno specifico piano di ristrutturazione. Ancora ha dimostrato che dall'avvio del procedimento fallimentare fino all'approvazione del piano mediamente trascorrono anni. Si rileva altresì come di norma l'applicazione della normativa fallimentare di norma conduca in alcuni paesi alla liquidazione della persona giuridica (c.d. fallimento liquidatorio). Inoltre si osserva come nel diritto tedesco ed in quello europeo esista la tendenza all'avviamento di procedimenti di ristrutturazione e di conservazione del debitore secondo l'esempio del capo 11. del codice fallimentare statunitense. Ciò che gli autori desiderano porre in rilievo è che tali considerazioni non debbano condurre alla conclusione che i diritti stranieri possano interferire oppure si possano direttamente trapiantare al fine della creazione di un „nuovo“ diritto. Gli autori rilevano la necessità di un chiaro orientamento in base ad uno specifico diritto, poiché un approccio incompiuto, tendente a sommare singoli approcci, di istituti validi derivanti da diversi modelli nazionali, trasposti in una nuova legge, anziché risolvere i problemi, in realtà contribuisce a farne sorgere di nuovi, facilmente evitabili. Gli autori reputano che un “chiaro” approccio nomotecnico sia particolarmente importante per la Repubblica di Croazia, visto che ci sono a disposizione poco tempo e pochi mezzi e visto che ciò consentirebbe di attingere alla giurisprudenza ed alla dottrina straniera quale mezzo d'ausilio per la risoluzione di problemi che sorgono nella trasposizione di soluzioni giuridiche straniere.

**Parole chiave:** *diritto fallimentare, trasposizione giuridica, direttive per la Repubblica di Croazia.*



## O UZDRŽAVANJU PUNOLJETNE DJECE

Dr. sc. Sandra Winkler, viši asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.635.3  
Ur.: 31. listopada 2014.  
Pr.: 10. prosinca 2014.  
Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Pravo na uzdržavanje punoljetne djece obiteljskopравни je institut, koji se vrlo često primjenjuje u praksi, budući da je većina djece starije od osamnaest godina i dalje financijski ovisna o roditeljima, ako se opredijelila za daljnje obrazovanje ili se ne može zaposliti odmah po završetku studija.*

*Krizna se vremena neminovno odražavaju na ostvarivanje prava na uzdržavanje punoljetne djece. Bilo da se radi o nemogućnosti roditelja za daljnje uzdržavanje djeteta zbog gubitka posla ili pogoršanja financijskih prilika, bilo da se radi o nemogućnostima zapošljavanja mladih, što je u današnje vrijeme vrlo ozbiljan problem društva, ili pak neurednog i neredovitog studiranja, činjenica jest da se od početka gospodarske krize bilježi konkretan i stalan porast broja presuda koje se bave raznim aspektima uzdržavanja punoljetne djece.*

*Nakon rekonstrukcije normativnog okvira, ovim će se radom pokušati istaknuti osnovna pitanja koja proizlaze iz sudske prakse. Također će se ponuditi kratki osvrt na rješenja što ih u kontekstu uzdržavanja punoljetne djece nude talijanski, francuski i njemački pravni sustavi, a radi usporedbe s domaćim pravnim rješenjima.*

*Na kraju će se pokušati odgovoriti na ranije postavljena pitanja, a ponajprije na to jesu li postojeća hrvatska pravna rješenja spojiva sa socijalnom politikom te sa socijalnom slikom društva.*

**Ključne riječi:** *uzdržavanje, punoljetno dijete, školovanje, obrazovanje, zaposlenje.*

### **1. UVOD**

Obiteljska je solidarnost jedna od temeljnih vrijednosti na kojima počiva obiteljsko pravo. Ocrta se u moralnom te materijalnom uzajamnom pomaganju svih članova obitelji; a institut koji uređuje konture međusobne pomoći, posebice u materijalnom smislu, je uzdržavanje. Afektivna povezanost članova obitelji dovodi

do toga da se u većini slučajeva pravo (i obveza) uzdržavanja „prirodno“ ostvaruje dobrovoljnim davanjem sredstava potrebnih za život.<sup>1</sup> Međutim, ako član obitelji, koji je dužan uzdržavati drugoga člana obitelji, nije spreman to dobrovoljno činiti, bit će potrebno to pravo ostvariti prisilnim putem, odnosno u sudskom postupku. U ovom će se radu analizirati upravo one sporne situacije u kojima se pravo na uzdržavanje ostvaruje ili gubi u sudskom postupku i to samo u specifičnom slučaju uzdržavanja punoljetne (i radno sposobne) djece od strane roditelja.

Odnos između roditelja i djece najintenzivniji je oblik obiteljske povezanosti, a supostojanje mnogih različitih (dobrih i loših) emocija od uvijek ga čini vrlo složenim i labilnim. Pravna je znanost već ranije isticala kako odnos između roditelja i djece može biti itekako konfliktan, a najčešći sukobi bilježe se upravo u kontekstu obveze uzdržavanja.<sup>2</sup> Štoviše, sve su češći sukobi između roditelja i njihove punoljetne djece. No, premda je uzdržavanje punoljetne djece vrlo česta životna okolnost, posebice kad su roditelji razvedeni, o problemima koji su vezani uz tu obvezu rijetko se raspravlja. Stoga će se ovim radom pokušati istaknuti nekoliko pitanja koja proizlaze iz sudske prakse, a koja nemaju adekvatnih zakonskih rješenja, te nastojati ponuditi nekoliko prijedloga *de lege ferenda*. S tim se ciljem izdvojila isključivo sudska praksa koja se odnosi na specifično pitanje uzdržavanja punoljetne djece, bilo da se radi o utvrđivanju postojanja prava, smanjenja ili povećanja iznosa ili pak utvrđivanja prestanka osnove uzdržavanja.

Polazna je točka rada konkretan porast broja presuda koje se bave uzdržavanjem punoljetnog djeteta. Razdoblje koje se obradilo okvirno se preklapa s razdobljem primjene Obiteljskog zakona iz 2003. U tih skoro jedanaest godina postiglo se bitno usuglašavanje sudske prakse glede određenih aspekata materije. Isto tako u tom su se razdoblju iskristalizirala neka druga pitanja na koja sudska praksa nije ponudila ujednačena tumačenja.

Međutim, bitno je odmah istaknuti da od početka globalne i duboke krize koja još uvijek vlada, tuzemna se sudska praksa o uzdržavanju punoljetnog djeteta gotovo udvostručila. Dostatno je po godinama pretražiti postojeće sudske odluke, pa će naočigled biti jasno kako je broj takvih sporova počeo rasti 2009. godine te nastavlja u tom trendu. Uostalom, logično je da još danas ta brojka raste s obzirom na to da je tek s odmakom od nekoliko godina postalo jasno koliko je ova kriza ozbiljna. Naime, gospodarska je kriza ubrzo zahvatila mnoge druge aspekte društva, dovevši do općeg kraha materijalnih i moralnih vrijednosti. Mnoge od tih socioloških i psiholoških preobrazbi u društvu neminovno su utjecale i na strukturu obitelji.

Kriza sa sobom nosi nezaposlenost koja dvostruko utječe na pitanje uzdržavanja punoljetne djece. S jedne strane nezaposlenost roditelja koji jednostavno nisu više

1 Korać Graovac, A., *Uzdržavanje*, u: Alinčić, M. *et al.*, *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2007., str. 437.

2 Hrabar, D., *Dijete – Pravni subjekt u obitelji*, Zagreb, 1994., str. 87. Autorica je već tada isticala da “sudska praksa bilježi sporove o uzdržavanju djece kao najčešći oblik sukoba interesa roditelja i djece”.

u mogućnosti uzdržavati njihovo punoljetno dijete. S druge strane nezaposlenost mladih ljudi koja trenutno predstavlja jedan od gorućih problema društva i koja utječe na pitanje uzdržavanja tako što su punoljetna djeca često primorana tražiti financijsku pomoć od roditelja, jer se jednostavno nisu u stanju ekonomski osamostaliti. Riječ je o začaranom krugu koji prerasta u zabrinjavajući društveni fenomen, gdje se na neki način gubi jedna generacija samostalnih, radno sposobnih, ljudi koji ne stvaraju nove obitelji, već ostaju samo nečija djeca.

Nesporno se radi o problemu koji ne zabrinjava isključivo iz perspektive obiteljskoga prava, budući da se uloge države i obitelji glede skrbi i pomoći tim osobama isprepliću.<sup>3</sup> Naime, ne smije se zaboraviti da i država ima itekako važnu ulogu u procesu osamostaljenja mladih.

Nakon rekonstrukcije normativnog okvira i detaljne analize sudske prakse, ponudit će se kratki osvrt na nekoliko poredbenih rješenja (Italija, Francuska i Njemačka). Namjerno su odabrani pravni sustavi, koji se u mnogočemu međusobno razlikuju. Ovim se kratkim poredbenim prikazom želi ukazati na to da se radi o vrlo problematičnim pitanjima, koji more i druge pravne sustave te kako idealnog rješenja nema ili ga je doista teško pronaći.

Na samom kraju pokušat će se odgovoriti na ranije postavljena pitanja. A nadalje na osnovno pitanje jesu li postojeća hrvatska pravna rješenja spojiva sa socijalnom politikom te sa socijalnom slikom društva.

## 2. ZAKONODAVNI OKVIR

Teško je ponuditi sustavnu analizu proučene sudske prakse sa svim dosadašnjim postignućima, ali i propustima, mimo jasne rekonstrukcije normativnog okvira instituta uzdržavanja djece.

Ponajprije se drži korisnim kratki prikaz bliže pravne povijesti instituta. Zatim, analizirat će se odredbe Obiteljskog zakona iz 2003.,<sup>4</sup> na kojima se *de facto* temelji dosadašnja sudska praksa o uzdržavanju punoljetne djece. Na kraju, će se proučiti odgovarajuće odredbe najnovijega Obiteljskog zakona.<sup>5</sup>

Jedino se tako može detaljno proučiti pravno uređenje instituta uzdržavanja radi pronalaženja elemenata stabilnosti, koji su nužni radi cjelokupnog unaprjeđenja instituta. Pravni kontinuitet najbolje odražava poštovanje temeljnih pravnih načela, na kojima počiva obiteljsko pravo, ali i šire, cjeloviti pravni sustav. Misli se, primjerice na načelo obiteljske solidarnosti, na načelo jednakosti, na načelo razmjernosti te na načelo pravne sigurnosti; odnosno na ona načela univerzalnog karaktera koja nije nužno pretočiti u zakonsku odredbu.

3 Korać, A., Uzdržavanje i imovinski odnosi – promjene i tumačenja, u Obiteljski zakon. Novine, dvojbe i perspektive, Hrabar, D. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 105. Autorica ističe značenje koje uzdržavanje ima "kao socijalno-ekonomska funkcija obitelji". Također upućuje se na str. 106, bilj. 5.

4 Obiteljski zakon, Narodne novine br. 116/03, 17/04, 136/04, 197/97, 57/11 i 61/11.

5 Obiteljski zakon, Narodne novine br. 75/14 i 83/14.

Prije negoli se krene u analizu zakonskih rješenja ponuđenih u hrvatskom pravu u raznim povijesnim razdobljima, potrebno je barem spomenuti temeljne pravne izvore koji na nacionalnoj i nads nacionalnoj razini načelno uređuju institut uzdržavanja djeteta. Na samom vrhu nalazi se Ustav RH koji člankom 64. (nekadašnji članak 63.) izričito propisuje kako roditelji imaju dužnost odgoja, uzdržavanja i školovanja djece (...).<sup>6</sup> U istom člankom, u stavku 4. izričito stoji i obratna obveza djece o brizi za stare i nemoćne roditelje. Premda je spomenuta ustavna norma samo načelnog karaktera, ipak svjedoči važnost uređenja instituta uzdržavanja u duhu načela obiteljske solidarnosti. Potom, iako se ovaj rad neće koncentrirati na analizu europskih niti međunarodnih pravnih izvora, oportuno je podsjetiti da postoje mnogobrojni pravni akti koji štite pravo na uzdržavanje, posebice u odnosu roditelja i djece.<sup>7</sup> Relevantan se broj konvencija fokusira na uređenje kolizijskih aspekata materije. Misli se u prvom redu na brojne konvencije Haške konferencije. U tom pogledu bitnu ulogu ima i recentna Uredba 4/2009 EU-a u onom dijelu koji uređuje uzdržavanje koje proizlazi iz roditeljstva.<sup>8</sup>

Ipak, najznačajniji međunarodni izvor, posebice ako se traže odgovori na određeni materijalnopравни aspekt instituta uzdržavanja djece, je Konvencija o pravima djeteta iz 1989., koja u svom članku 27., stavak 1. izričito priznaje svakom djetetu „pravo na životni standard primjeren njegovu tjelesnom, duševnom, duhovnom, moralnom i društvenom razvoju”, a u stavku 2. propisuje da „roditelj(i) ili druge osobe, ovisno o njihovim sposobnostima i materijalnim mogućnostima, snose najveću odgovornost za osiguranje životnih uvjeta koji su prijeko potrebni za djetetov razvoj“.<sup>9</sup>

### ***2.1. Uzdržavanje punoljetne djece u recentnoj pravnoj povijesti***

Prvi zakon kojega treba spomenuti u ovom povijesnom prikazu je Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece (OZORD) iz 1947.<sup>10</sup> Prema članku 32. Osnovnog zakona o odnosima roditelja i djece: „roditelji su dužni da uzdržavaju svoju djecu,

6 Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10 i 05/14.

7 Za detaljniju analizu obiteljskopavnog uzdržavanja s međunarodnim elementom upućuje se na Korać, A., Klasiček, D., Neka pitanja ostavrenja prava na obiteljskopavno uzdržavanje s međunarodnim elementom, Pravni vjesnik, 23, 2007., 3-4, str. 173-194, s uputama na daljnju literaturu.

8 Uredba Vijeća (EZ) br. 4/2009 od 18. prosinca 2008. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju sudskih odluka te suradnji u stvarima koje se odnose na obvezu uzdržavanja, Službeni list Europske unije 32009R0004 10.1.2009. Sveobuhvatan pregled nudi: Župan, M., Uzdržavanje u pravu Europske unije u: Europsko obiteljsko pravo, Korać Graovac, A., Majstorović, I., (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 267-289.

9 Konvencija o pravima djeteta, Službeni list SFRJ, br. 15/1990, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93, 20/97. O pravu djeteta na uzdržavanje prema UN Konvenciji o pravima djeteta v. Čulo, A., Zaštita i ostvarivanje prava djeteta na uzdržavanje u hrvatskom obiteljskom pravu, Zbornik radova povodom 20. godišnjice Konvencije o pravima djeteta, Zagreb, 2009., str. 157-173.; Korać Graovac, A., Uzdržavanje, cit., str. 448.

10 Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece, Službeni list FNRJ, br. 104, od 6.12.1947.

a djeca su dužna da uzdržavaju svoje roditelje<sup>11</sup>. Načelno se radi o rješenju kakvog se i danas nalazi u pravnom sustavu, premda su suvremene pravne stilizacije mnogo razrađenije. Kad bi se spomenuta odredba uspoređivala s drugim pravnim sustavima doimala bi se veoma napredna u odnosu na povijesni kontekst u kojem se primjenjivala. Ponajprije jer za razliku od mnogih zapadnjačkih sustava, članak 32. nije činio razliku između bračne i izvanbračne djece. Zatim, jer je također propisivao obvezu djece da brinu o roditeljima, što je još u današnje vrijeme nepoznanica u mnogim modernim europskim sustavima.

Glede konkretnog pitanja odnosi li se spomenuta odredba i na punoljetnu djecu, budući da navodi samo „djecu“ bez dodatnih pojašnjenja, može se zaključiti da se riječ „dijete“ koristila u sveobuhvatnom smislu, odnosno misleći ne samo na maloljetnu djecu. Uostalom to jasno proizlazi iz razmatranja prof. Eisnera koji doslovno ističe „da su roditelji dužni davati svojoj djeci uzdržavanje samo dok su maloljetna. Ali ako su im odredili stručno obrazovanje, koje zahtijeva njihovo školovanje ili izučavanje zanata i nakon postignute punoljetnosti dok traje potreba tog obrazovanja, t.j. dok dijete nije u mogućnosti svojom zaradom pribavljati sredstva za život,„<sup>11</sup> Kasnije i prof. Prokop doslovno tvrdi da: „slučaj kada punoljetna djeca traže uzdržavanje od svojih roditelja može se javiti (...) u vezi s njihovim studiranjem koje započinje ili traje poslije punoljetnosti“<sup>12</sup>

Iz navedenoga se može nedvojbeno zaključiti kako je već za vrijeme primjene Osnovnog zakona o odnosima roditelja i djece bivši pravni sustav poznao uzdržavanje punoljetne djece.

Nakon Osnovnog zakona o odnosima roditelja i djece bio je na snazi Zakon o braku i porodičnim odnosima.<sup>13</sup> Zbog ustavnih promjena sedamdesetih godina prošloga stoljeća obiteljskoppravna materija biva delegirana republičkim zakonodavcima. Svaka je republika bivše države imala zasebno obiteljsko, odnosno porodično zakonodavstvo. U mnogočemu su rješenja bila slična, ali ne istovjetna. Primjerice, svi su novi republički i pokrajinski zakoni izričito uveli obvezu uzdržavanja punoljetnog djeteta koji se nakon punoljetnosti nastavlja školovati.<sup>14</sup> No, propisana su se rješenja međusobno razlikovala budući da su neke republike definirale maksimalnu dobnu granicu uzdržavanja punoljetnog djeteta (dvadeset i šesta godina života), dok neke druge, među kojima je bila i Hrvatska, nisu navodile bilo kakvu maksimalnu dobnu granicu.<sup>15</sup>

Hrvatski je Zakon o braku i porodičnim odnosima posvećivao uzdržavanju punoljetne djece članak 237. Prvi je stavak glasio: „ako se djeca redovito školuju, roditelji su dužni prema svojim mogućnostima osiguravati im uzdržavanje i nakon punoljetnosti.“<sup>16</sup>

11 Eisner, B., *Porodično pravo*, Zagreb, 1950., str. 146.

12 Prokop, A., *Odnosi roditelja i djece*, Zagreb, 1966., str. 270.

13 Zakon o braku i porodičnim odnosima, *Narodne novine* br. 11/78, 27/78, 45/89, 59/90.

14 Mladenović, M., *Porodično pravo*, knjiga II, Beograd, 1981., str. 619.

15 V. *amplius*: Bakarić, A., Alinčić, M., *Porodično pravo*, Zagreb, 1989., str. 289.

16 O pojmu redovitog školovanja za vrijeme primjene Zakona o braku i porodičnim odnosima v. Bakarić-Abramović, A., Hrabar, D., *Uzdržavanje*, u: Alinčić, M., *et al.*, *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 1994., str. 355.

Činjenica da je uzdržavanje punoljetne djece po prvi put izričito normirano u Zakonu o braku i porodičnim odnosima jasno ukazuje na to da je „zakonodavac prihvatio dosadašnje stajalište sudske prakse o obvezi roditelja da osigura sredstva za uzdržavanje punoljetnog djeteta koje se redovito školuje“.<sup>17</sup> Jasan je to primjer pravnog kontinuiteta, bitnog radi unaprjeđenja instituta uzdržavanja. Napose, izričitim uvođenjem obveze uzdržavanja punoljetne djece ističu se određene specifičnosti instituta. Naime, valja naglasiti da se sama pravna priroda instituta uzdržavanja mijenja shodno tomu radi li se o punoljetnoj ili maloljetnoj djeci. To konkretno znači da je obveza uzdržavanja maloljetne djece bezuvjetna, odnosno da je se roditelji ni u kom slučaju, ako su radno sposobni, ne mogu osloboditi. Tomu u prilog ide i lapidarna te posve jasna odredba iz članka 236. Zakona o braku i porodičnim odnosima prema kojoj „roditelji su dužni uzdržavati svoju maloljetnu djecu“. Nasuprot, iz tumačenja članka 237. jasno se može zaključiti da „obveza roditelja nije bezuvjetna jer njena realizacija ovisi o mogućnosti roditelja“.<sup>18</sup> No, taj zaključak ne proizlazi isključivo iz pukog gramatičkog tumačenja spomenute norme („roditelji su dužni prema svojim mogućnostima“ članak 237., st.2.). Razvidan je također iz konstatacije da je u slučaju punoljetne djece pravo na uzdržavanje neovisno o roditeljskoj skrbi (u to vrijeme roditeljskog prava). Što uostalom ističe i pravna znanost: „premda obaveza uzdržavanja djece od strane roditelja predstavlja jednu od dužnosti obuhvaćenu roditeljskim pravom, ipak ona može postojati neovisno o roditeljskom pravu, kao npr. u slučaju obaveze roditelja da uzdržava svoje punoljetno dijete (...)“.<sup>19</sup>

Suverena Republika Hrvatska po prvi put uređuje predmetno pitanje Obiteljskim zakonom iz 1998.<sup>20</sup> Rješenja prvog Obiteljskog zakona dodatno su unaprijedila ona već postojeća. Naime, doprinijela su daljnjem razvoju instituta uzdržavanja punoljetne djece i to u znaku kontinuiteta, poštivajući dotadašnju pravnu stečevinu. Konkretno, po prvi se put u čl. 214., stavku 2. Obiteljskoga zakona iz 1998. propisuje da „punoljetno dijete koje je završilo školovanje, a ne može se zaposliti roditelji su dužni uzdržavati godinu dana nakon školovanja“. Tadašnji je zakonodavac prepoznao potrebu za detaljnijim uređenjem prava na uzdržavanje nakon punoljetnosti, a to se konkretno vidi u produženju obveze uzdržavanja punoljetnog djeteta i po okončanju školovanja i to za dodatnih godinu dana tijekom kojih bi se primatelj uzdržavanja trebao zaposliti.<sup>21</sup> Takvim razrađenim pravnim rješenjem ukazuje se na činjenicu da nezaposlenost mladih počinje biti sve češći stvarni životni problem. Jednogodišnje produženje obveze uzdržavanja tada se zasigurno doimalo dobrim rješenjem radi realizacije djetetovih radnih ostvarenja, odnosno radi postignuća njegovoga financijskog osamostaljenja. Smatralo se da

17 V. Alinčić, M., Bakarić-Mihanović, A., *Porodično pravo*, Zagreb, 1980., str. 329.

18 Citiraju se doslovno: Bakarić, A., Alinčić, M., *op. cit.*, str. 287.

19 V. *amplius*: Alinčić, M., Bakarić-Mihanović, A., *Porodično pravo*, *cit.*, str. 328.

20 Obiteljski zakon, *Narodne novine*, br. 162/98.

21 Sveobuhvatnu analizu prava djeteta na uzdržavanje u vrijeme primjene Obiteljskog zakona iz 1998. nudi: Korać, A., *Pravo djeteta na uzdržavanje*, *Pravo i porezi*, br. 6, 2000., str. 16-19.

bi dodatni rok od godine dana pomogao u pronalaženju zaposlenja odgovarajućeg završenom školovanju te da bi to rezultiralo osamostaljenjem punoljetnog djeteta. Međutim, teško je ne zamijetiti da se to razdoblje od godine dana koristilo (i koristi) prilično „elastično“. Prema mišljenju autorice radi se problematičnoj normi koja se često ne primjenjuje u duhu njene *ratio legis*.

Zanimljivo je primijetiti da u tom istom članku 214. Obiteljskog zakona iz 1998. nije više prisutna ona stilizacija „prema svojim mogućnostima“, zahvaljujući kojoj se u prošlosti razlučivalo između bezuvjetne pravne prirode uzdržavanja maloljetne djece i uvjetne obveze kad se radilo o punoljetnoj djeci. Međutim, bilo bi nepromišljeno zaključiti zbog nedostatka te izričite stilizacije da je obveza uzdržavanja punoljetnog djeteta odjednom postala bezuvjetna. Kada su u pitanju punoljetna djeca primijenit će se, dakle načelo razmjernosti kojim se definira da se uzdržavanju pridonosi prema mogućnostima davatelja uzdržavanja s jedne strane i potrebama primatelja uzdržavanja s druge strane, i to uz uvjete i na način propisan zakonom, odnosno u tom slučaju člankom 214. Obiteljskog zakona iz 1998.

S time u vezi valja istaknuti da se pojam bezuvjetnosti odnosi, barem u recentnijem uređenju uzdržavanja, na činjenicu da se roditelji, ako su radno sposobni, ne mogu osloboditi obveze uzdržavanja svoje maloljetne djece, neovisno o tomu jesu li zaposleni ili ne i neovisno o dobrom i lošem ponašanju djeteta. Pozivajući se na članak 27. Konvencije o pravima djeteta iz 1989. svakom su djetetu roditelji dužni osigurati životni standard primjeren njegovu tjelesnom, duševnom, duhovnom, moralnom i društvenom razvoju. Shodno mogućnostima taj životni standard može biti skroman ili manje skroman, no pojmom bezuvjetnosti želi se postaviti minimum ispod kojeg se ne može ići, odnosno koji opravdava da osiguravanje tih potreba ide nauštrb samih potreba davatelja uzdržavanja.<sup>22</sup> Što su mogućnosti veće, to će i životni standard biti na višoj razini. Kad se pritom spomenu i potrebe uzdržavanog, koje mogu varirati shodno tomu ima li primatelj uzdržavanja vlastitih prihoda, onda se dobije načelo razmjernosti definirano člankom 211. Obiteljskoga zakona iz 1998. godine.

Uostalom činjenicu da bezuvjetnost postoji samo u slučaju uzdržavanja maloljetne djece potvrđuje sam tekst članka 236., st. 2. Obiteljskoga zakona iz 1998. koji izrijeком propisuje da „radno sposoban roditelj ne može se osloboditi dužnosti uzdržavanja maloljetnog djeteta.“ Nadalje, razliku u pravnoj prirodi obveze uzdržavanja punoljetne djece može se prepoznati u činjenici da u slučaju punoljetne djece to pravo nije vezano uz roditeljsku skrb. Drugim riječima, *ratio* norme je drukčija: uz uvjet da se punoljetno dijete školuje ili ako je nezaposleno nakon školovanja roditelj mu je dužan pomoći pri osamostaljenju. Zaključilo bi se da punoljetnost utječe na uzdržavanje u smislu preuzimanja djela odgovornosti od roditelja kroz redovito školovanje i (aktivno) traženje zaposlenja.

<sup>22</sup> V. *infra* str. 11 (bilj. 29).

## 2.2. Uzdržavanje punoljetne djece prema Obiteljskom zakonu iz 2003.

Teško je svrstati Obiteljski zakon iz 2003. u pravnu povijest s obzirom na to da se čitava provedena analiza sudske prakse upravo na njemu temelji.<sup>23</sup> Međutim, ta okolnost ne čini ovo istraživanje zastarjelim, budući da najnovija obiteljskoppravna rješenja malo što mijenjaju. Uostalom, ovo se istraživanje nije ni moglo temeljiti na novom Obiteljskom zakonu, budući da se je u radu željelo istražiti konkretnu primjenu zakonskih rješenja u praksi, a sudske prakse koja bi ukazivala na konkretnu primjenu novog Obiteljskog zakona sasvim logično još nema.

Obiteljski zakon iz 2003. detaljno uređuje uzdržavanja djeteta. Preciznije, institut uzdržavanja bitno je izmijenjen novelom Obiteljskog zakona iz 2007.<sup>24</sup> Počevši od maloljetnika, obveza uzdržavanja maloljetne djece izričito je propisana člankom 209., stavkom 1. Obiteljskoga zakona iz 2003. Kao što ističe doktrina, u tom slučaju „uzdržavanje djeteta dio je sadržaja roditeljske skrbi jer je uzdržavanje djeteta dužnost i pravo roditelja“.<sup>25</sup> Naime, to i jest pravilo kad je riječ o maloljetnoj djeci. Ipak, vrijedi istaknuti da dužnost uzdržavanja postoji i neovisno o roditeljskoj skrbi, primjerice kad je roditelj lišen roditeljske skrbi. Može se stoga zaključiti da svako dijete ima pravo da ga uzdržavaju njegovi roditelji, koji se te obveze ne mogu osloboditi ako su radno sposobni, i to neovisno o tomu živi li ono s davateljem uzdržavanja ili ne, odnosno izvršava ili ne izvršava roditelj roditeljsku skrb nad djetetom.

Nastavivši s punoljetnicima, u Obiteljskom su zakonu iz 2003. prihvaćena rješenja ranijih pravnih propisa, premda su Novelom iz 2007. godine dodatno unaprijeđena i razrađena.

Glede pravne prirode uzdržavanja, prof. Korać Graovac jasno ističe kako „dužnost roditelja da uzdržavaju svoje dijete razlikuje se ovisno o tome je li dijete maloljetno ili punoljetno“.<sup>26</sup> U slučaju maloljetnog djeteta roditelji se, ako su radno sposobni, ne mogu osloboditi obveze uzdržavanja djeteta. U tom pogledu, zbog neponavljanja, a s obzirom na to da su pravni propisi iz 1998. i 2003. u tom pogledu istovjetni, upućuje se na ranije iznesena razmatranja glede pojma bezuvjetnosti, kao i načela razmjernosti koji vlada u obiteljskoppravnom uzdržavanju.<sup>27</sup>

Zanimljivo kako prof. Korać Graovac ističe da se dužnost uzdržavanja proteže do zrelosti djeteta, a da se pritom zrelost povezuje s punoljetnošću.<sup>28</sup> No granica zrelosti u današnje doba nije nužno i granica samostalnosti. Punoljetnošću obveza roditelja mijenja svoju prirodu: roditelji su i dalje dužni uzdržavati svoju djecu, ali

23 Obiteljski zakon, Narodne novine br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11 i 61/11. O izmjenama u kontekstu instituta uzdržavanja iz 2007., v. *amplius* Majstorović, I., O novim izmjenama Obiteljskog zakona, Rev. soc. polit., god. 15, br. 1, str. 97-99.

24 Zakon o izmjenama i dopunama Obiteljskoga zakona, Narodne novine br. 107/07.

25 Doslovno Korać Graovac, A., Uzdržavanje, cit., str. 449.

26 Ibid., str. 450.

27 Uz nužnu napomenu da se u Obiteljskom zakonu iz 2003. govori o čl. 207. i čl. 232., st. 2., dok se u Obiteljskom zakonu iz 1998. referira na čl. 211. i 236. V. *supra* str. 8 i 9.

28 S time u vezi ponovno se upućuje na Korać Graovac, Uzdržavanje, cit., str. 450.



samo uz određene dodatne pretpostavke, odnosno ako se uredno i redovito školuju i kad nakon toga traže posao. Obveza roditelja u odnosu na punoljetnu djecu „blaže“ je prirode u odnosu na bezuvjetne dužnosti prema maloljetnoj djeci.<sup>29</sup> Ona predstavlja obvezu koja postoji samostalno i neovisno o roditeljskoj skrbi.

Premda se načelno zadržao kontinuitet s prethodnim pravnim rješenjima, pravnim se propisima išlo korak dalje.<sup>30</sup> Članak 210. Obiteljskog zakona iz 2003., uslijed izmjena iz 2007. godine, puno detaljnije definira školovanje te možebitne nemogućnosti urednog ispunjavanja svojih obveza u tom pogledu. Nasuprot, ne bilježe se odstupanja od stilizacije iz 1998. glede produženja perioda uzdržavanja u trajanju od godine dana ako se po završetku studija punoljetno dijete ne može zaposliti.

Preciznije, prvi stavak članka 210. bitno razrađuje institut. Prije svega za razliku od ranijega zakonskog teksta sada se jasno definira „školovanje“. Time se misli na školovanje u srednjoj školi i na pohađanje sveučilišnoga ili stručnoga studija, pozivajući se u tom pogledu na posebne zakone koje uređuju obrazovanje.<sup>31</sup> Nadalje, norma iz stavka 1. propisuje da je punoljetno dijete dužno „redovito i uredno ispunjavati svoje obveze“.

Drugi stavak sadrži stilizaciju koja je gotovo istovjetna onoj iz 1998., osim što ističe kao *dies a quo* odbrojavanja godine dana tijekom koje dijete ima pravo na uzdržavanje dan prestanka obrazovanja. Međutim, iz potrebe preciznijeg definiranja dana od kojeg teče dodatni rok moglo bi se iščitati mnogo toga. Primjerice da se to razdoblje u praksi zlorabi bez da ga se uistinu koristi radi pronalazjenja zaposlenja, odnosno da se pasivno prihvaća okolnost nezaposlenosti. Moglo bi se postaviti pitanje što uopće znači tražiti zaposlenje. Zahtjeva li to neki specifičan aktivni angažman punoljetnog djeteta? Štoviše, što ako u tom roku punoljetno dijete ne pronađe zaposlenje? Odnosno što ako nakon toga pokušaja zaposlenja dijete nastavi sa školovanjem? U pravnoj se literaturi ističe da su se tada stvorile pretpostavke za nastavak uzdržavanja premda se prigovara toj odredbi da je *de facto* „društveni problem nezaposlenosti mladih privremeno riješila na teret roditelja“.<sup>32</sup>

29 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-2688/05, od 29.XI.2007. U presudi doslovno stoji „da su roditelji dužni uzdržavati svoju malodobnu djecu te da ta obveza nije ograničena materijalnim mogućnostima roditelja, što znači da su roditelji dužni uzdržavati svoju malodobnu djecu makar to bilo i nauštrb osobnog materijalnog standarda“. Činjenica da se spominju samo maloljetnici razvidno ukazuje na već istaknutu okolnost da obveza nije i ne može biti ista za maloljetnu i punoljetnu djecu.

30 Zakon o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona, Narodne novine br. 107/07. O izmjenama u kontekstu instituta uzdržavanja iz 2007. v. *amplius* Majstorović, I., O novim izmjenama Obiteljskog zakona, Rev. soc. polit., god. 15, br. 1, str. 97-99.

31 Postoje razni zakoni koji mogu predstavljati *lex specialis* u ovom kontekstu. Najčešće će se primjenjivati Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, Narodne novine br. 123/03, 198/03, 105/04, 174/04, 02/07, 46/07, 45/09, 63/11, 94/13, 139/13 i 104/14. te Zakon o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi, Narodne novine br. 87/08, 86/09, 92/10, 105/10, 90/11, 5/12, 16/12, 86/12, 125/12 i 94/13. Valja napomenuti da će se također primjenjivati interni propisi pojedinačnih institucija, kao što mogu biti statuti i/ili pravilnici.

32 Tim riječima Korać Graovac, A., Uzdržavanje, cit., str. 452.

Treći stavak, koji sadrži okolnost o kojoj se ne bavi ovaj rad, tj. nesposobnost za rad punoljetnog djeteta, nije izmijenjen u odnosu na ranije zakonodavstvo. Međutim, stavci koji slijede (4. i 5.) predstavljaju unaprijeđenje instituta. Zanimljivo je to što dodatno uređenje instituta ide istovremeno u dva oprečna smjera. Stavak 4. uređuje pravo davatelja uzdržavanja da dobije od uzdržavanog ili od nadležnih tijela i pravnih osoba „podatke o djetetovom obrazovanju odnosno zaposlenju“. Norma je vrlo znakovita: ukazuje na konkretnu specifikaciju stavka 1. Primatelj uzdržavanja mora biti u stanju dokazati da redovito i uredno ispunjava svoje obveze. Očito, ako je postojala potreba za uvođenjem takve odredbe, postoje situacije u kojima se predmetno pravo zlorabi.

Sasvim u suprotnom smjeru ide peti stavak članka 210. Obiteljskog zakona iz 2003. Ukazuje na to da ponekad postoje opravdani razlozi (bolest, trudnoća ili slično) kad će se smatrati da primatelj uzdržavanja ispunjava svoje obveze i onda kad se pojavila takva okolnost. Tumačeći posljednja dva stavka moglo bi se zaključiti da važnu ulogu ima i ponašanje u dobroj vjeri punoljetnog uzdržavanog djeteta.

Na samom kraju drži se korisnim podsjetiti da članak 211. Obiteljskog zakona iz 2003. uređuje pitanje pridonosa vlastitom uzdržavanju. Norma spominje „dijete“, no potpuno je nesporno da se odnosi i na punoljetno dijete.

### ***2.3. Uzdržavanje punoljetne djece prema novom Obiteljskom zakonu***

U trenutku pisanja ovoga rada na snazi je novi Obiteljski zakon.<sup>33</sup> Nove odredbe koje uređuju uzdržavanje punoljetnog djeteta u značajnoj mjeri odražavaju kontinuitet s ranijim pravnim propisima u tom kontekstu. Uostalom, u samom obrazloženju odredbi predloženoga zakona, koje se nalazilo iza samog teksta konačnog prijedloga Obiteljskog zakona predstavljenog u travnju 2014., pisci su novoga zakona željeli naglasiti da uzdržavanje punoljetnog djeteta „sadržajno ostaje nepromijenjena, osim što se zakonski određuje gornja dobna granica zdrava punoljetnoga djeteta koje se redovito školuje u odnosu na njegovo pravo na uzdržavanje, a to je navršena dvadeset i šesta godina života djeteta“. Uistinu novi članak 290. Obiteljskoga zakona iz 2014. ostao je gotovo nepromijenjen ako se izuzme dodanu maksimalnu dobnu granicu do koje punoljetno dijete ima pravo na uzdržavanje. Dvadeset i šesta godina života trebala bi predstavljati prekretnicu. Do tad bi punoljetno dijete trebalo definitivno izaći iz dugotrajne faze adolescencije, okončati svoje obrazovanje te pronaći zaposlenje. Predviđena se dobna granica doima posve legitimnom s obzirom na to da uzdržavanje punoljetnog djeteta nameće roditeljima mnoga odricanja kojima nužno treba moći vidjeti kraj. Ipak, ako se analizira predmetna odredba i kada se uspoređi s nekim sličnim rješenjima, koja je ponudilo socijalnopravno zakonodavstvo, nameću se određena opažanja. Ponajprije se na načelnoj razini postavlja pitanje je li bilo potrebno uvoditi dobno

33 Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 75/14 i 83/14.

ograničenje, s obzirom na to da odredba jasno propisuje obvezu punoljetnog djeteta glede redovitog i urednog školovanja ili studiranja. Istina je da se sudska praksa, kao što će se istaknuti u nastavku rada, susretala sa situacijama gdje su punoljetna uzdržavana djeca bila bliža tridesetima negoli dvadesetima, međutim, sudovi su prilično jasno rješavali takve situacije pozivajući se na urednost i redovitost ispunjavanja svojih obveza. S druge pak strane u korist uvođenja dobne granice ide činjenica da se prema mišljenju autorice često neprimjereno primjenjivala odredba iz drugog stavka nekadašnjeg članka 210. (Obiteljski zakon iz 2003.), sadašnji članak 290. S obzirom na nedorečenost norme kojom se priznaje dodatno razdoblje od godine dana, *de facto* se moglo događati da se pravo na uzdržavanje oživljavalo te da bi punoljetno dijete moglo redovito i uredno ispunjavati svoje obveze iako je starije od dvadeset i šeste godine. Primjerice, ako je nakon srednjoškolskog školovanja tražio posao, pa ga nije pronašao, pa kako ne bi izgubio pravo na uzdržavanje, upisao bi se na fakultet, pa bi eventualno promijenio u hod studij... Takve su situacije postojale i postoje, ali onda bi bilo oportuno striktnije urediti jednogodišnje razdoblje predviđeno radi pronalaženja puta k odrastanju. U uvođenju dobne granice uočava se latentna opasnost objektivizacije razdoblja uzdržavanja punoljetnog djeteta. Ponekad pravo na uzdržavanje prestaje ranije, ako za to postoje pretpostavke, dok nekada se može dogoditi da ta obveza opravdano traje duže, iako se radi o radno sposobnoj djeci. Uostalom isti članak 290. novoga Obiteljskog zakona propisuje da postoje iznimne situacije, poput trudnoće, bolesti i slično, kada uzdržavani student može opravdano izgubiti godinu. Uzme li se za primjer jedan od postojećih šestogodišnjih sveučilišnih studija, pa mu se dodaje okolnost iz petoga stavka, lako se premaši dobna granica od dvadeset i šeste godine života. K tomu treba pridodati dvojbu koja se odnosi na drugi stavak članka 290. Taj propis predviđa da punoljetno dijete nakon završetka obrazovanja ima pravo na dodatnu godinu dana radi pronalaženja zaposlenja, a u svakom slučaju do dvadeset i šeste godine života. Postavlja se pitanje u kojem su odnosu odredbe prvog i drugog stavka članka 290. Ako je maksimalna dob za primanje uzdržavanja dvadeset i šest godina, znači li to da studenti koji su imali jedan od problema iz stavka petog ili su jednostavno odabrali duži studij nemaju pravo na jednogodišnji period nakon završetka studija za pronalaženje posla, ako se nisu uspjeli odmah zaposliti? Dobna se granica mogla uvesti, ali je trebalo detaljnije regulirati posljedice određenih iznimnih odredaba.

Drži se oportunistički protumačiti stavak 4., članka 290. novog Obiteljskog zakona zajedno s člankom 291. Istovjetno stilizaciji staroga zakona ta odredba predviđa pravo roditelja koji su ujedno i davatelji uzdržavanja tražiti i dobiti od djeteta ili odgovarajućih institucija podatke o obrazovanju ili zaposlenju. Propisano je pravo posve jasno i legitimno. No, postavlja se pitanje zašto je zakonodavac u članku 291., nakon prvoga stavka, koji (istovjetno ranijoj normi) definira obvezu djeteta koje ima prihode da doprinosi svojem uzdržavanju, dodao drugi stavak koji se čini istog sadržaja stavka četvrtog članka 290. Naime, spomenuta odredba, pisana iz perspektive djeteta, propisuje njegovu dužnost glede obavljanja roditelja o

redovnom ispunjavanju obveza. Dva se pitanja postavljaju. Prvo, zašto istovjetna dužnost ne postoji glede dokazivanja da se primatelj uzdržavanja zaposlio. Zatim, zašto je uopće zakonodavac dvaput ponovio isti propis? Ako se pak radi o različitim propisima, s obzirom na to da jedna spominje „pravo roditelja“, a druga „dužnost djeteta“ utječe li to u konačnici na teret dokazivanja u možebitnim sporovima kojima se traži utvrđivanje, odnosno ukidanje obveze uzdržavanja?

#### **2.4. Kratki osvrt na radno i socijalno zakonodavstvo**

Drži se korisnim spomenuti nekoliko izvora radnog i socijalnog zakonodavstva koji mogu biti relevantni u kontekstu uzdržavanja punoljetne djece.

Premda obitelj, na temelju svega do sada iskazanog, ima središnju ulogu u pružanju potpore i pomoći svojim mlađim članovima radi njihova osamostaljenja, može se pojaviti potreba za intervencijom države u vidu socijalne zaštite pojedinca. Međutim, vrijedi napomenuti da je uloga države supsidijarne prirode. To znači da će država intervenirati kad ugroženi, odnosno nesamostalan, pojedinac ne može ostvariti pomoć od članova obitelji.<sup>34</sup> Tada će se primjenjivati odredbe Zakona o socijalnoj skrbi.<sup>35</sup> S time u vezi potrebno je ponajprije spomenuti odredbu njegovog članka 7., koja definira načelo supsidijarnosti. Norma doslovno propisuje da „osoba koja ne može osigurati uzdržavanje svojim radom, pravima koja proizlaze iz rada ili osiguranja, primitkom od imovine, iz drugih izvora, od osobe koje su dužne uzdržavati na temelju propisa kojima se uređuju obiteljski odnosi ili na neki drugi način, ima prava u sustavu socijalne skrbi pod uvjetima propisanim ovim Zakonom“. Glede specifičnog pitanja koje se analizira u ovom radu, valja spomenuti članke od 51. do 53. istoga zakona, koji uređuju naknade u vezi s obrazovanjem.

Prvo pitanje koje se postavlja jest tumači li se supsidijarnost u odnosu na obiteljskopravno uzdržavanje ili također u odnosu na vlastiti angažman glede uzdržavanja samog sebe vlastitim radom?

Iz raznih kutova gledišta nameće se pitanje ima li punoljetno dijete specifičnu aktivnu ulogu u vlastitom osamostaljenju. Kad se misli na školovanje ili obrazovanje, odgovor je sasvim sigurno pozitivan: pretpostavka da bi ga uzdržavali roditelji jest da punoljetno dijete uredno i redovito ispunjava svoje obveze. Međutim takvo aktivno ponašanje nije također jasno definirano u slučaju traženja zaposlenja. Već se ranije isticalo koliko je ta zakonska odredba nedorečena i na neki način prebacuje posljedice nezaposlenosti mladih na obitelj. Ipak, čini se da je radno i socijalno zakonodavstvo postalo svjesno problema te je iskoračio ka kvalitetnijem uređenju toga pitanja. U tom pogledu drži se bitnim spomenuti Pravilnik o aktivnom traženju posla i raspoloživosti za rad kojeg je nedavno donio Ministar rada i

34 *A contrario* to znači da uspješna primjena obiteljskopavnog uzdržavanja rasterećuje državu. Korać Graovac, *Uzdržavanje*, cit., str. 437.

35 Zakon o socijalnoj skrbi, Narodne novine br. 157/13.

mirovinskog sustava.<sup>36</sup> Taj se podzakonski akt odnosi na sve nezaposlene osobe koje traže posao i minuciozno propisuje što se smatra aktivnim traženjem posla, odnosno kad će se smatrati da je nezaposlena osoba raspoloživa za rad. Posljedica neprovođenja aktivnosti definiranih Pravilnikom jest gubljenje statusa nezaposlene osobe. Ponuđena rješenja u radnom i socijalnom pravu trebao bi uvažiti obiteljski zakonodavac radi sustavnog uređenja prava na uzdržavanje punoljetnog djeteta u potrazi za zaposlenjem.

Na kraju, drži se svrsishodno ovom istraživanju spomenuti Zakon o mirovinskom osiguranju.<sup>37</sup> Na tragu ranijih razmatranja glede uvođenja maksimalne dobne granice kao kumulativne pretpostavke za prestanak prava na uzdržavanje punoljetne djece doimalo se zanimljivim citirati članak 70. spomenutoga zakona. Izrijekom je u prvom stavku propisano da „dijete ima pravo na obiteljsku mirovinu i koristiti se tim pravom nakon navršene 15. godine života ako je u trenutku smrti osiguranika na redovitom školovanju ili započne takvo školovanje nakon smrti osiguranika. To pravo pripada djeci do kraja redovitog školovanja, ali najduže do navršene 26. godine života.“ Opet se pojavljuje ista dobna granica koja očito predstavlja realni prijelaz iz adolescencije u svijet odraslih.<sup>38</sup> Međutim, drugi stavak članka 70. glasi upravo onako kako je morala, prema mišljenju autorice, glasiti odgovarajuća odredba novog članka 290. Obiteljskog zakona budući da je zakonodavac smatrao potrebnim uvesti dobnu granicu. Članak 70., stavak 2. Zakona o mirovinskom osiguranju glasi: „ako je redovito školovanje prekinuto zbog bolesti, dijete ima pravo na obiteljsku mirovinu i koristi se tim pravom za vrijeme bolesti – do navršene 26. godine života, kao i nakon tih godina – ali najviše onoliko vremena koliko je zbog bolesti izgubljeno za redovito školovanje, ako je ono nastavljeno prije navršene 26 godina života.“

### **3. O UZDRŽAVANJU PUNOLJETNOG DJETETA U SUDSKOJ PRAKSI**

Prikupljena sudska praksa može se svrstati u dvije skupine. Prva sadrži one presude koje su doprinijele upotpunjenju instituta uzdržavanja punoljetne djece jasnim i ujednačenim tumačenjima određenih zakonskih odredaba. Drugu skupinu čine presude koje nude različita stajališta o određenim pitanjima. Drugim riječima, prva skupina svjedoči dosad ostvarenim postignućima, a druga upozorava na pravna

36 Pravilnik o aktivnom traženju posla i raspoloživosti za rad, Narodne novine br. 2/14. Upućuje se na komentar Pravilnika u Učur, M., Aktivno traženje posla i obavljanje djelatnosti zapošljavanja, Hrvatska pravna revija, lipanj, 2014., str. 36.-40. Konkretno, nadležni je ministar donio predmetni Pravilnik na temelju Zakona o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti, Narodne novine br. 80/08, 121/10, 25/12, 118/12 i 153/13.

37 Zakon o mirovinskom osiguranju, Narodne novine br. 175/13.

38 S gledišta psihijatrijske znanosti razdoblje adolescencije smatra se od 9./10. do 22./24. godine života. Za daljnja razmatranja upućuje se na: Graovac, M., Adolescent u obitelji, u: Medicina Flumensis, 2010., vol. 46., n. 3., str. 261-266.

pitanja koja nailaze na oprečna rješenja u praksi. Stoga, osim što će se analizirati sudsku praksu, u ovom će se dijelu rada također upozoriti na konkretne i nove probleme s kojima se sudska praksa nije još susrela.

Počevši od postignuća, određeni su aspekti uzdržavanja punoljetne djece unaprijeđeni zahvaljujući znatnom usuglašavanju stajališta sudske prakse. Jedan od važnijih je tumačenje pojma redovitog i urednog ispunjavanja obveza u školovanju, odnosno obrazovanju.<sup>39</sup> U tom pogledu, sudska praksa već desetljećima, a ne samo u razdoblju analiziranom u ovom radu, radi na usuglašavanju stajališta pojma „redovitog“ školovanja.<sup>40</sup> Ipak, tek se stupanjem na snagu Obiteljskoga zakona iz 2003., odnosno njegovom novelom iz 2007., počelo govoriti i o „urednom“ ispunjavanju obveza, što svjedoči o važnosti unaprijeđenja instituta uvažavanjem stajališta sudske prakse. Uistinu je prije uvođenja članka 210. Obiteljskog zakona iz 2003. postojala tendencija sudova poistovjećivanja statusa redovitog studenta s redovitim ispunjavanjem studijskih obveza. Primjerice, u jednoj od starijih analiziranih presuda jasno stoji da se ne može smatrati da punoljetno dijete uredno i redovito ispunjava svoje obveze kad „dvije godine studija tri puta ponavlja (...) unatoč formalnom statusu tužene kao redovitog studenta“.<sup>41</sup> Ipak, smatra se važnim krenuti upravo tom odlukom jer je i u nedostatku zakonskog propisivanja „urednog“ ispunjavanja obveza utvrđeno kako je status redovitoga studenta nespojiv s ponovljenim pohađanjem iste godine studija. Uostalom još se ranije upozoravalo na činjenicu da studirati jedanaest godina ni u kom slučaju ne može značiti redovito ispunjavanje obveza.<sup>42</sup> Uvođenje nove odredbe koja spominje „uredno“ ispunjavanje obveza odrazilo se i na stav sudske prakse.<sup>43</sup> Recentnijom je presudom pojašnjeno da «sintagma „redovito školovanje“ šira je od pojma redovitog studiranja, odnosno statusa redovitog studenta».<sup>44</sup> Status redovitog studenta nije dostatan dokazivanju

39 Korać, A., Uzdržavanje i imovinski odnosi, cit., str. 123. Iz temeljite analize autorice razvidno je kako je ranija sudska praksa poistovjećivala redovito studiranje sa statusom redovitog studenta. Autorica kritizira takvo tumačenje, a današnja sudska praksa dokazuje da je bila u pravu.

40 Upućuje se na Bakarić-Abramović, A., Hrabar, D., op. cit., str. 355., (bilj. 8). Preciznije se upućuje na citiranu sudsku praksu, odnosno na odluku Vrhovnog suda kojom se tumači da se student redovito školuje i onda kada „izgubi jednu godinu bez obzira na razloge“ (VSH, Rev., 1125/89., od 23. VIII. 1989.).

41 Županijski sud u Zagrebu, Gž2-41/04, od 9.3.2004.; Županijski sud u Varaždinu, Gž-1374/05-2, od 25.8.2005 te Gž-42/07-2, od 30.1.2007. te Gž-178/09-2, od 12.5.2009. Nadalje, Županijski sud u Dubrovniku, Gž-327/07, od 9.8.2007 te Gž-1142/11, od 8.9.2011. gdje se ističe „kontinuitet u obrazovanju“. Županijski sud u Zagrebu, Gž2-210/10-2, od 12.10.2010., Gž2-226/09-2, od 20.4.2010.

42 Prema konsolidiranoj praksi hrvatskih sudova različitih instanci nedvojbeno je da studirati jedanaest godina ni u kom slučaju ne može značiti uredno i redovito ispunjavati svojih studentskih obveza. V. Županijski sud u Bjelovaru, Gž-2001/12-2, od 8.11.2012. te Županijski sud u Zagrebu, Gž2-110/12-2, od 3.1.2013.

43 Županijski sud u Rijeci, Gž-4196/13, od 3.X.2013. Očito je s vremenom i uslijed uvođenja pojma urednog studiranja sudska praksa postala stroža u utvrđivanju postajanja uvjeta za uzdržavanje punoljetnog djeteta. S time u vezi v. *supra* bilj. 39.

44 Županijski sud u Rijeci, Gž-1067/2014-2, od 3.1.2014.

urednog i redovitog školovanja odnosno studiranja, budući da neispunjavanje obveza ne rezultira odmah gubljenjem statusa redovitog studenta.<sup>45</sup> Uostalom takvo bi poistovjećivanje rezultiralo diskriminatorno u odnosu na izvanredne studente, tim više ako se uzme u obzir da redoviti i izvanredni studenti u konačnici nakon završetka studija dobivaju isto zvanje.<sup>46</sup>

Rijetke su presude koje se odnose na pitanje utjecaja „trudnoće, bolesti ili sličnih razloga“ na uredno i redovito ispunjavanje obveza studiranja. Iz oskudne sudske prakse razvidno je da takve okolnosti ne utječu negativno na utvrđivanje redovitog i urednog ispunjavanja svojih obveza.<sup>47</sup> Trudnoća i bolest ozbiljni su razlozi, popraćeni liječničkom dokumentacijom, koji logično opravdaju trenutno neuredno i neredovito ispunjavanje obveza punoljetnika primatelja uzdržavanja. No, bilo bi zanimljivo saznati kako sudovi tumače one „slične situacije“ spomenute u Obiteljskom zakonu.<sup>48</sup>

Postoje i druga pitanja koja se u kontekstu uzdržavanja punoljetnog djeteta pojavljuju u sudskoj praksi, a nisu vezana uz pojam urednog i redovitog ispunjavanja obveza. *Quid juris* kad punoljetno dijete sklopi brak? U takvim se situacijama najčešće radi o tužbi radi ukidanja uzdržavanja, odnosno utvrđivanja postojanja pretpostavki za prestanak uzdržavanja, koju pokreće roditelj - davatelj uzdržavanja. S time u vezi nailazi se na različita rješenja u praksi. Valja odmah spomenuti presudu Vrhovnog suda kojom je ispravno istaknuto da ako je punoljetno dijete sklopilo brak dotadašnja primarna obveza uzdržavanja roditelja postaje supsidijarna, budući da je „bračni drug pozvan da prije ostalih pridonosi za uzdržavanje punoljetnog djeteta“.<sup>49</sup> Neobičnim je smjerom išlo obrazloženje jednog drugostupanjskog suda koji je u sklopljenom braku pak prepoznao pretpostavku za prestanak uzdržavanja.<sup>50</sup> Nedvojbeno treba pozdraviti stajalište Vrhovnog suda, budući da brak ne predstavlja osnovu prestanka obveze. U sustavu konkurencije više mogućih davatelja uzdržavanja brak predstavlja razlog preinačenja obveze roditelja, koja postaje supsidijarne prirode.<sup>51</sup> Naime, potreba za uzdržavanjem ne prestaje,

45 V. Županijski sud u Zagrebu, Gž2-210/10-2, od 12.10.2010., Gž2-226/09-2, od 20.4.2010. Jasno se ističe da „pojam statusa redovitog studenta prema odredbama Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju razlikuje se od pojma redovitog ispunjavanja obveza, koji pojam ima u vidu odredba 210, st.1 ObZa“.

46 Županijski sud u Dubrovniku, Gž-327/07 od 9.8.2007. Da status redovitog ili izvanrednog studenta ne utječe na pravo uzdržavanja prepoznato je i u pravnoj literaturi: Korać Graovac, A., Uzdržavanje, cit., str. 452.

47 Županijski sud u Varaždinu, Gž-178/09-2, od 12.5.2009.

48 Županijski sud u Rijeci, Gž-5200/09-2, od 13.1.2010. U presudi se ističe kako je teret dokazivanja postojanja bilo kojeg razloga koji bi u skladu s čl. 210., st. 5. opravdao neurednost i neredovitost studiranja je na uzdržavanom.

49 Vrhovni sud RH, Rev. 1090/11-2 od 5.X.2011. *De facto* takva obveza roditelja „postala je supsidijarna obveza jer se pravo na uzdržavanje od bračnog druga ostvaruje prije uzdržavanja od srodnika, bez obzira na to radi li se o uzdržavanju maloljetne ili punoljetne osobe koja je sklopila brak“

50 V. Županijski sud u Zagrebu, Gž2-214/10-2, od 14.09.2010.

51 Čulo, A., op. cit., str. 164.

već se brakom mijenja subjekt koji je prvi po redu dužan plaćati uzdržavanje.<sup>52</sup> Uostalom, ako bračni drug nije u mogućnosti u cijelosti uzdržavati drugoga bračnog druga, mogla bi postojati djelomična obveza na teret roditelja uvijek uz pretpostavku da su ispunjeni zakonski uvjeti za uzdržavanje punoljetnog djeteta.

U svjetlu izloženog može se zaključiti da je obiteljsko zakonodavstvo uz doista vrijednu nadopunu tumačenja sudaca došlo do prilično jasnih rješenja o obvezama punoljetne djece kod obrazovanja. Međutim, problemi se javljaju u kontekstu zapošljavanja. U drugu skupinu ulaze one sudske odluke koje ne odražavaju konsolidiranu praksu judikature, već ukazuju na otvorena pitanja.

Osnovni problem koji proizlazi iz proučene sudske prakse jest raznolično tumačenje odredbe obiteljskog zakonodavstva koja se odnosi na pravo na jednogodišnje uzdržavanje nakon prestanka obrazovanja u slučaju nezaposlenosti (članak 210., stavak 2. Obiteljskog zakona iz 2003., sadašnji članak 290., stavak 2. novog Obiteljskog zakona).

Ranije se isticalo da je riječ o nedorečenoj normi, pa ne čudi što u praksi ima više tumačenja. Oko traženja posla i općenito zaposlenja javljaju se razna pitanja, koja su sporadično obrađena u sudskoj praksi. Ipak među rijetkim odlukama, koje se dotiču tih pitanja, izdvaja se jedna drugostupanjska presuda iz 2012. godine. Njome se preciznije odlučivalo o vrlo složenom pitanju odbijanja zaposlenja u okviru iste stručne spreme uzdržavanog punoljetnog djeteta.<sup>53</sup> U presudi se vrlo jasno utvrđuje da roditelji nisu dužni uzdržavati punoljetno dijete koje nakon školovanja nije htjelo prihvatiti zaposlenje za koje se traži srednja stručna sprema. Konkretno, sud je procijenio da se u takvim okolnostima primatelj uzdržavanja ne može prema članku 210, stavak 2. Obiteljskog zakona iz 2003. pozvati na okolnost nezaposlenosti. Takvu je nezaposlenost prihvatilo i punoljetno dijete s obzirom na to da nije ništa učinilo da je otkloni. S time u vezi podsjeća se na ranija razmatranja glede potrebe aktivnog zalaganja punoljetnog djeteta za svoje financijsko osamostaljenje. Relevantnost ove presude je u tomu što se u svom obrazloženju osvrće na tešku gospodarsku krizu. Među rijetkim je odlukama koje obrazlažu primjenu propisa u društvenom i gospodarskom kontekstu, odnosno pokazuje senzibilitet za krizna vremena.<sup>54</sup>

Dijelovi te presude ne smiju biti izvučeni iz konteksta. Potrebno je spomenuti da se istom utvrdilo da punoljetna osoba nije imala pravo na uzdržavanje tijekom razdoblja nezaposlenosti (jer nije prihvatila posao), ali nakon toga se upisala na fakultet te je ponovno počela primati uzdržavanje. Sud je ustvrdio da je nakon upisa na fakultet punoljetno dijete „ponovno“ imalo pravo na uzdržavanje. Na tom

52 To se pitanje postavlja već dugi niz godina. V. Prokop, A., *Odnosi roditelja i djece*, Zagreb, 1966., str. 270. (bilj. 328).

53 Županijski sud u Dubrovniku, Gž-996/12, od 14.11.2012.

54 Ponovno se upućuje na Županijski sud u Dubrovniku, Gž-996/12, od 14.11.2012. Zanimljivo je kako se sam sud osvrće na krizna vremena spomenuvši da „u današnje vrijeme kada smo svjedoci činjenice da svakodnevno veliki broj ljudi ostaje bez zaposlenja i da se boreći se za egzistenciju prihvaćaju svakog posla bez obzira na završenu stručnu spremlu (...)“.



istom tragu, još je jedna presuda drugoga suda iz 2012. godine gdje se nalazi slična stilizacija glede tumačenja jednogodišnjeg razdoblja nakon prestanka školovanja u slučaju nezaposlenosti.<sup>55</sup> Konkretno, spominje se „razdoblje od godinu dana, a u kojem vremenu tužena treba nastaviti daljnje školovanje ili se pokušati zaposliti“. Znači li to da se pravo na uzdržavanje oživljava ako po isteku godine dana od završetka školovanja ili studija nezaposleno dijete odluči nastaviti obrazovanje na višoj razini? Sudeći po analiziranim presudama i ranije istaknutim razmatranjima doktrine, odgovor je pozitivan.<sup>56</sup> Međutim, osobno je stajalište autorice da bi odgovor trebao biti negativan iz dva razloga. Prije svega, na taj način sama *ratio legis* propisa gubi smisao, odnosno postaje irelevantno trudi li se uzdržavani tražiti posao. Uistinu, tomu bi se moglo proturječiti da norma ne nalaže traženje posla, već spominje nezaposlenost. Ipak, budući da obveza uzdržavanja nije *sine die* i bezuvjetna, što potvrđuju i najnovije restrikcije (dobno ograničenje) Obiteljskog zakona iz 2014., sustavnim tumačenjem odredbe postaje razvidno da je konačni cilj osamostaljenje mladih. Stoga, ne bi bilo zгореga pokušati analizirati određene pojmove poput „financijske samostalnosti“ i „zaposlenosti“.

Spomenuto se jednogodišnje razdoblje *de facto* pretvorilo u „*vacatio*“ pred odrastanje, odnosno osamostaljenje.

Drugi razlog jest da „fluidno“ tumačenje predmetne odredbe dovodi do pravne nesigurnosti.<sup>57</sup> Roditelji, ujedno i davatelji uzdržavanja, s obzirom na to da njihova obveza nije bezuvjetne prirode, mogli bi željeti, nakon dugogodišnjih odricanja, ostvariti određene životne planove i ulaganja koja su dotad bila podređena obvezama koje su proizlazile iz moralne i materijalne pomoći djetetu.

Ranije spomenuta potreba definiranja „financijske samostalnosti“ i „zaposlenosti“ bila bi korisna radi shvaćanja podudaraju li se ili ne ti pojmovi. Odgovor bi trebao biti negativan s obzirom na to da svaki posao ne omogućava financijsku samostalnost. Podsjeća se i na prof. Eisnera koji je isticao da samostalnost postoji kad se može „svojom zaradom pribavljati sredstva za život“.<sup>58</sup> Naime u prošlosti kao i u današnje vrijeme svaki posao ne omogućava pribavljanje dovoljnih sredstava za život. S time u vezi trebalo bi razmisliti o raznim oblicima rada koji su sve češći u doba radnog prekarijata, a koji ne pružaju mogućnost financijskog osamostaljenja. Prvenstveno, misli se na sezonski rad, na rad preko student servisa ili na vrlo popularne mjere za volontiranje, koje predviđaju novčanu naknadu. Često ti oblici povremenog zaposlenja doprinose vlastitom uzdržavanju na temelju članka 291. novog Obiteljskog zakona (stari članak 211. Obiteljskog zakona iz 2003.). No

55 Županijski sud u Bjelovaru, Gž-3252/11-2, od 12.I.2012.

56 Tog je stajališta i Županijski sud u Zagrebu, Gž-65/02, od 19.II.2002.

57 Slično o upitnosti oživljavanja prava već se razmatralo u kontekstu uzdržavanja bivšeg bračnog druga. O tomu više u: Winkler, S., Usporedba načela Komisije za europsko obiteljsko pravo o uzdržavanju bivših bračnih drugova s hrvatskim obiteljskopравnim rješenjima, u: Imovinski aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst, Osijek, 2011., str. 418.

58 V. Eisner, B., op. cit., str. 186.

treba se priuipitati kako utječu na obrazovanje djeteta ako je čim bolje obrazovanje cilj i razlog što postoji pravo na uzdržavanje punoljetnog djeteta.<sup>59</sup>

Također je nejasno mijenjaju li se uvjeti uzdržavanja na način da se primjenjuje odredba o doprinosu uzdržavanju ili se za ta „radna“ razdoblja ukida, pa naknadno oživljava pravo na uzdržavanja. U svjetlu ranijih razmatranja bilo bi ispravnije primijeniti odredbu iz čl. 291. Obiteljskoga zakona, negoli omogućavati oživljavanje prava na uzdržavanje.

Hotimice se ostavilo za kraj jedno pitanje koje vraća fokus na uredno i redovito školovanje, odnosno obrazovanje. Vrhovni je sud Republike Hrvatske ustvrdio da okolnost upisa drugog fakulteta uzdržavanog studenta, nakon završenog studija na prvom fakultetu, „ne sadrži obilježja onakvog redovitog školovanja koje ima u vidu navedena zakonska odredba kao osnovnu pretpostavku da bi roditelj bio u obvezi uzdržavati tuženicu-protutužiteljicu i nakon njezine punoljetnosti“.<sup>60</sup> Prilično jasan i decidan stav najviše sudbene instancije ukazuje na to da u duhu obiteljskopравниh propisa jest precizan cilj: omogućiti posao i posljedično kroz stavak drugi tadašnjeg članka 210. Obiteljskoga zakona iz 2003. osamostaljenje punoljetnog djeteta. Daje se zaključiti iz odluke Vrhovnog suda da bi upis na drugi fakultet služio produženju prava na uzdržavanje, a ne ulaganju uzdržavanog na samom sebi. Prema mišljenju autorice ovakav decidan stav bi se trebao zagovarati u praksi glede utvrđivanja postoje li uvjeti za nastavak uzdržavanja nakon isteka jednogodišnjeg razdoblja nakon završetka studija ako je uzdržavani nezaposlen.

#### 4. POREDBENI OSVRT

U poredbenom se pravu različito uređuje pitanje uzdržavanja punoljetne djece.<sup>61</sup> Konkretno uzet će se u obzir talijanski, francuski i njemački pravni sustavi. Različitosti se triju pravnih poredaka pronalaze u strožem ili blažem shvaćanju redovitog školovanja, u postojanju maksimalne dobne granice nakon koje primatelj uzdržavanja gubi svoje pravo te u definiranju pojma financijskog osamostaljenja uzdržavane djece.

Među sustavima koji imaju poteškoća s uređenjem prava na uzdržavanje punoljetne djece izdvaja se talijansko obiteljsko pravo.<sup>62</sup> Sve do novele iz 2012. godine, koja je stupila na snagu u veljači 2014. godine, talijanski *codice civile* nije razlikovao u kontekstu prava na uzdržavanje radi li se o maloljetnoj ili punoljetnoj

59 U hrvatskoj literaturi nije pronađena odgovarajuća studija. Stoga se upućuje na istraživanje provedeno u Sloveniji o posljedicama rada i istovremenog studiranja. V. Kosi, T., Nastav, B., Šušteršič, J., Does Student Employment Deteriorate Academic Performance? The Case of Slovenia, *Rev. soc. polit.*, god. 20., br. 3., 2013., str. 253-274.

60 Vrhovni sud RH, Rev. 892/10-2 od 16.V.2012.

61 Opći kratki osvrt na pravo uzdržavanja punoljetnog djeteta u poredbeno pravu nudi: Quadrucci, A., *Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne. Note di diritto comparato*, u *Familia*, br. 1, 2003., str. 200-209.

62 V. Bianca, C.M., *Diritto civile*, 2.1. La famiglia, quinta edizione, Milano, 2014., str. 247. i d.

djeci. Desetljećima se pravno uređenje instituta temeljilo isključivo na članak 147. *codice civilea*.<sup>63</sup> Radi se o vrlo lapidarnoj i jasnoj odredbi kojom je talijanski zakonodavac propisivao da „brak nameće bračnim drugovima obvezu uzdržavanja, školovanja i odgoja djece (...)“. *Prima facie*, zaključilo bi se da su u prošlosti uživali pravo na uzdržavanje isključivo bračna djeca. Ipak je u talijanskom pravnom sustavu obveza uzdržavanja teretila sve roditelje, a ne samo one koji su pritom bili u braku. Premošćivala su se ograničenja iz članka 147. ekstenzivnim tumačenjem odredbe u duhu norme iz članka 30. talijanskoga Ustava, koja u svom prvom stavku izrijeckom nalaže obvezu skrbi i brige o svojoj djeci (pa i o onoj rođenoj izvan braka).<sup>64</sup> No, cjelokupan sustav zaštite prava djece konačno je osuvremenjen dugo iščekivanom reformom. Početkom 2014. godine izmijenjen je talijanski građanski zakonik: novi članak 315. c.c. po prvi put izričito propisuje jednakost pravnoga statusa sve djece.<sup>65</sup> Zatim, novim člankom 315-*bis* c.c. zakonodavac propisuje pravo na uzdržavanje svakog djeteta (u duhu ranije spomenutog članka 30. talijanskog Ustava). Budući da se do 2014. godine u talijanskom zakoniku govorilo o djeci, bez ikakvih dodatnih pojašnjenja o tomu misli li se samo na maloljetnu ili također na punoljetnu djecu, doista bitnu novinu predstavlja novi članak 337-*septies* c.c.<sup>66</sup> Radi se o odredbi smještenoj u glavi zakonika o posljedicama rastave braka, kojom se uvodi specifično pravilo o mogućnosti isplate uzdržavanja punoljetne djece koja nisu ekonomski samostalna („*figli maggiorenni non economicamente indipendenti*“).

Uvođenje članka 337-*septies* c.c. zasigurno ukazuje na namjeru talijanskoga zakonodavca za unaprjeđenje instituta uzdržavanja punoljetne djece. Međutim, malo se što *de facto* promijenilo, odnosno unaprijedilo. Jedini je pomak u tomu što se prenio u zakonski tekst dugo korišteni izraz „punoljetna djeca ekonomski nesamostalna“. Naime, već se i ranije, u nedostatku preciznog pravnog uređenja materije, u sudskoj praksi primjenjivao kriterij „ekonomskog osamostaljenja“. No, pozivajući se na ranija razmatranja koja su se odnosila na tuzemna rješenja, jasno je da nije dosta koristiti taj pojam, već treba konkretno definirati što se tim izrazom misli. *Ergo*, u tom se pogledu ništa nije izmijenilo u talijanskom obiteljskom pravu: obveza roditelja da uzdržavaju djecu (postojala je) i postoji dok god se dijete financijski ne osamostalilo. Ne postoji dobno ograničenje, niti se spominje u

63 V. Amplius: Lucchini Guastalla u: *Commentario breve al diritto di famiglia*, Zaccaria, A., (ur.), Padova, 2011., *sub. art.* 147 c.c., str. 422-424.

64 Ustav Republike Italije (Costituzione della Repubblica Italiana) izglasan je 22.12.1947. godine, *Gazzetta ufficiale* n. 289, edizione straordinaria, od. 27.12.1947., stupio je na snagu 1.1.1948. Glede odnosa između talijanskog Ustava i *codice civile* v. *amplius* Palazzo, A., *Dall'epoca del figlio oggetto all'era del dialogo e dell'ascolto*, u: *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007., str. 509-533. Za sveobuhvatnu analizu članka 30. talijanskog Ustava v. Cossiri, A., u: *Commentario breve al diritto di famiglia*, Zaccaria, A., (ur.), Padova, 2011., *sub. art.* 30 Cost., str. 34-47.

65 Novi članak 315. talijanskog *codice civile* izvorno glasi: “tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”.

66 Bianca, C. M., *op. cit.*, str. 247.

zakonodavstvu školovanje i/ili zaposlenje. Štoviše, nedorečenost pojma financijskog osamostaljenja čini obvezu uzdržavanja punoljetne djece od strane roditelja teoretski beskonačnom. Do tog se zaključka može doći uvidom u bogatu talijansku sudsku praksu.<sup>67</sup> Višedesetljetna stajališta sudova konsolidirana su u smjeru najšire zaštite „djeteta“ i onda kad je ono bliže četrdesetima negoli tridesetima. A teško je zamisliti da će se nakon recentnih izmjena bilo što u judikaturi izmijeniti osim ako se ne definira jasno što znači financijska samostalnost. Uistinu u recentnije se vrijeme krenulo smjerom isticanja važnosti aktivne uloge punoljetnog djeteta, odnosno prepoznavanja njegove „krivnje“ u neosamostaljenju kao osnove za prestanak uzdržavanja.<sup>68</sup> Doima se da postoji tendencija uvažavanja spomenutog stava, što potvrđuje i činjenica da se i u drugim područjima znanosti, poput psihijatrije i psihologije, sve ozbiljnije prati fenomen „produženih adolescencija“.<sup>69</sup> Međutim, treba realno sagledati da je sudska praksa glede pojma financijskog osamostaljenja još uvijek jako podijeljena, odnosno orijentirana vrlo zaštitnički prema djetetu.<sup>70</sup>

Talijanski zakonodavac (ne)svjesno prebacuje veliki teret i odgovornost na pravnu znanost. U nedostatku pisane norme te uskraćene pomoći sudske prakse, doktrina pokušava razraditi alternativna načela radi ograničavanja bezuvjetnosti obveze uzdržavanja. Doktrina sve češće upozorava na to da nije dostatno definirati pojmove poput „financijskog osamostaljenja“ ili „zaposlenja“ (u doba radnog prekarijata), nego se treba mnogo više koncentrirati na pitanje aktivne uloge uzdržavanog djeteta u težnji k svom osamostaljenju.

U konačnici, pozivajući se na ranije spomenute socijalne i sociološke promjene uzrokovane gospodarskom krizom, talijansko društvo, već samo po sebi tradicionalno i patrijarhalno, evidentan je primjer opasnosti koja se skriva u neodrastanju mladih ljudi.

Francuska obiteljskoppravna rješenja nalaze se na pola puta između talijanskih i njemačkih.<sup>71</sup>

Francusko obiteljsko pravo regulira pitanje uzdržavanja punoljetnog djeteta u članku 371-2 *code civila*, kojim se izričito propisuje da su roditelji dužni doprinositi razmjerno svojim mogućnostima uzdržavanju i odgoju djece. Štoviše, u nastavku teksta jasno se definira da obveza uzdržavanja ne prestaje kad dijete

67 Među brojnim presudama: Cass. civ. 28.06.1994, br. 6215; Cass. civ., 03.04.2002., br. 4765; Cass. civ. 11.01.2007., br. 407 i Cass. civ. 19.05.2009., br. 11538.

68 Loc. cit.

69 Vrlo zanimljiv osvrt s psihološkog te pravnoga gledišta nude: Berrutti, M., Facchini, G., I „bamboccioni“ nella prospettiva giuridica e psicosociale, appunti per la comprensione del fenomeno, Sintonie, prospettive interdisciplinari per la persona, la famiglia e i minori, u: Sintonie, Prospettive interdisciplinari per la persona, la famiglia e i minori dostupno na: [http://www.minoriefamiglia.it/%5Cdownload%5Cbamboccioni\\_facchini\\_berrutti.PDF](http://www.minoriefamiglia.it/%5Cdownload%5Cbamboccioni_facchini_berrutti.PDF) (posjećeno 23.08.2014.).

70 Bianca, C. M., op. cit., str. 247.

71 V. Vigneau, M.C., Les rapports entre solidarité familiale et solidarité sociale en droit comparé, u: Revue internationale de droit comparé, vol. 51, n. 1, Janvier-mars 1999., str. 51-81.

postane punoljetno.<sup>72</sup> Drugim riječima, francuski građanski zakonik priznaje pravo na uzdržavanje punoljetne djece. S obzirom na to da je francuski *code civil* mnogo stariji od talijanskoga *codice civile*, nimalo ne čudi da se u izvornom tekstu zakonika takvo pravo nije priznavalo: izvorno je francuski *code civil* predviđao obvezu uzdržavanja djece.<sup>73</sup> Zapravo radi se o članku 203. *code civila* koji još uvijek spominje jednostavno „djecu“. Zanimljivo je istaknuti kako je odredba članka 203. francuskoga *code civila* istovjetna ranije spomenutoj stilizaciji iz članka 147. talijanskoga *codice civilea*. Obje spominju samo djecu (*figli, enfants*).

Međutim, pitanje uzdržavanja punoljetne djece dobilo je svoju afirmaciju uvođenjem, novelom iz 2002. godine, ranije spomenutoga članka 371-2 *code civil*.

Prije novele jedini način da se pravo na uzdržavanje priznaje i punoljetnoj djeci, kao i u talijanskom pravu, bilo je široko tumačenje pojma „*enfants*“ iz čl. 203. *code civil*.

Reforma koja je slijedila bila je odraz potrebe, već dugo isticane u francuskoj pravnoj literaturi, za proširenje uzdržavanja i na punoljetnu djecu. Francusko je društvo shvatilo da se pojavila nova društvena kategorija koju predstavljaju punoljetna djeca od 18. do 25. godine još uvijek ekonomski i psihološki ovisni o roditeljima, iako nisu više pod njihovom skrbi. Radi se, o tzv. *junes majeurs*.<sup>74</sup> No, francuski stručnjaci i teoretičari (ne samo pravnici) išli su korak dalje te analizirali problem na sveobuhvatan način. Velika se pažnja pridaje društvenim promjenama i shvaćanju da uslijed dužeg školovanja i želje za boljom kvalitetom života proces odrastanja se neminovno produžio. No, isto tako shvaćaju opasnost neprepoznavanja distinkcija između djece voljne odrastanja, kojima treba pomoći, i djece kojima je cilj živjeti što duže na teret roditelja. U tom pogledu, francuska doktrina ističe važnost edukacije mladih dok su još maloljetnici, kako bi se uspješno osamostalili.<sup>75</sup>

Ne skriva se čuđenje što je zakonodavac odlučio uvesti pravo na uzdržavanje punoljetne djece u glavi zakonika koja je posvećena roditeljskoj skrbi (čl. 371-2 *code civila*). Uistinu je neobično. Štoviše znanstveniku koji se poredbeno osvrće na francusko obiteljsko pravno uređenje doista je teško tu odredbu pronaći, budući da nije najlogičnije tražiti odredbu o uzdržavanju punoljetnog djeteta među odredbama koje reguliraju sadržaj roditeljske skrbi o maloljetnoj djeci.

Ako je suditi po zakonskim rješenjima, francusko obiteljsko pravo ne doima se sređenije od talijanskog. Ipak, razliku čini sudska praksa. Naime, francuski suci imaju jasan i konsolidirani stav glede definiranja pretpostavki (i eventualnih dobnih ograničenja) za ostvarivanje prava na uzdržavanje punoljetnog djeteta. Veća društvena svijest o određenim problemima koji se pojavljuju u kontekstu

72 «*Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lors que l'enfant est majeur*».

73 Dekeuwer-Defossez, F., *La séparation dans tous ses états*, Lamy, Paris, 2010., str. 148.

74 Više u: Rubellin-Devichi, J., u: *Droit de la famille*, Dalloz, Paris, 2001., str. 769

75 O pitanju osamostaljenja mladih upućuje se na sveobuhvatan rad Hauser, J., *Jeunes majeurs et vieux mineurs*, u *Liber Amicorum M.T. Meulders-Klein, Bruylant, Bruxelles*, 1998., str. 315-334.

osamostaljenja mladih utječe na bolja rješenja u praksi, koja u konačnici rezultiraju ranijem postignućem samostalnosti mladih ljudi.<sup>76</sup> Uglavnom se sudska praksa s time u vezi poziva na potrebe školovanja djeteta te potragom za zaposlenjem. U tom pogledu temelji pravo na uzdržavanje punoljetnog djeteta na ozbiljnosti školovanja. Nasuprot tome, francuski suci neozbiljno studiranje ili nepostojanje profesionalnog projekta, koji mora biti ozbiljan i precizan, smatraju osnovom prestanka uzdržavanja. Međutim, unatoč naporima sudske prakse, u pravnoj se literaturi i dalje ističe problem nedostatka normiranosti materije.<sup>77</sup> Doktrina ističe kako roditeljeva „žrtva“ u uzdržavanju punoljetnog djeteta ima smisla ako se dijete trudi osamostaliti, a taj se trud odražava u školovanju i/ili ozbiljnom traženju zaposlenja.

Njemački pravni sustav prilično strogo i striktno uređuje pitanje prava na uzdržavanje punoljetnog djeteta.<sup>78</sup> Pretpostavke za ostvarivanje prava na uzdržavanje djeteta propisane su u § 1601., § 1602. i § 1603. *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Preciznije, § 1601. vrlo općenito propisuje uzajamnu obvezu uzdržavanja članova obitelji u krvnom srodstvu u ravnoj lozi. Zatim, u prvom stavku § 1602. jasno se ističe ograničenje prava na uzdržavanje samo u korist onih koji se nisu sposobni sami uzdržavati. No, drugi stavak § 1602. propisuje iznimnu situaciju kad je moguće tražiti uzdržavanje izvan strogog okvira iz prvog stavka. Konkretno, maloljetno dijete koje nije u braku može tražiti od svojih roditelja plaćanje uzdržavanja iako raspolaže vlastitom imovinom, ako njegova imovina nije dostatna za vlastito uzdržavanje.

Nadalje, drži se doista zanimljivom odredba prvog stavka § 1603. Njemački BGB izričito propisuje da nije dužan uzdržavati drugoga onaj tko bi uslijed davanja uzdržavanja ugrozio vlastitu ekonomsku samostalnost. Razvidno je kako se rješenje njemačkoga zakonodavca uvelike razlikuje od rješenja talijanskog i francuskog. Obveza uzdržavanja pa i onda kad se radi o maloljetnom djetetu nije bezuvjetnog karaktera. Odnosno u tim slučajevima roditelji moraju uzdržavati dijete u granicama njihovih mogućnosti, odnosno razmjerno dijele postojeća sredstva i za djetetovo i za vlastito uzdržavanje (drugi stavak § 1603).

U drugom stavku § 1603. nalazi se jedina odredba koja se izričito odnosi na punoljetno dijete. Podrobnije, tamo gdje se izričito ističe ograničena obveza uzdržavanja maloljetnog djeteta (ako bi roditelji bezuvjetnim uzdržavanjem ugrozili vlastitu egzistenciju) po prvi se put spominje punoljetno dijete. Pravo na uzdržavanje imaju i punoljetna djeca koja nisu u braku do 21. godine života i to ako žive zajedno s roditeljima (ili s jednim roditeljem) te se školuju. Izričito njemački zakonodavac koristi termin *allgemein Schulausbildung*. Detaljnije je tumačenje spomenutih odredaba prepušteno sudskoj praksi, koja definira što se smatra urednim školovanjem i kako se prati osamostaljenje djeteta, koje se u njemačkom pravnom sustavu doima prihvaćeno kao osnovno načelo prema ranije spomenutim § 1601.

76 Dekeuwer-Defossez, F., op. cit., str. 149. s daljnjom uputom na citiranu sudsku praksu.

77 Loc. cit.

78 Schwab, D., *Familienrecht*, Beck, München, 2013., str. 386-416.

Prostora za unaprjeđenja instituta ima uvijek, pa tako zasigurno i u njemačkom pravu. Ipak u konačnici treba zaključiti da jasan normativni sustav uvelike doprinosi kvalitetnom uređenju instituta.

Ako bi se inozemni sustavi usporedili s hrvatskim, bilo bi razvidno da se tu zemno pravo najviše približava njemačkom pravu i da koliko god postoje težnje za unaprjeđenjem postojećih rješenja, ipak treba istaknuti da su dosadašnja bila prilično kvalitetna. Ne preostaje nego nadati se da će se novim zakonodavstvom nastaviti u znaku poštivanja kontinuiteta te da će ranije spomenute novine Obiteljskog zakona iz 2014. potaknuti daljnji razvoj sudske prakse.

## 5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Provedeno je istraživanje služilo prepoznavanju trendova u normiranju instituta uzdržavanja punoljetnog djeteta u hrvatskom obiteljskom pravu. U odnosu na ranija zakonska rješenja bilježi se stalno unaprjeđenje instituta koje se pritom ne odmiče od ranijih pravnih propisa. Tomu je uvelike pridonijelo uvažavanje stajališta sudske prakse, koja je znatno poboljšala određene aspekte materije. Pisani propis koliko god može biti apstraktno kvalitetan, uvijek mora biti primjenjiv. Stoga je potrebno pronaći rješenja kojima se sublimiraju zahtjevi teoretičara i praktičara. Usporedno s nekim stranim pravnim sustavima hrvatska se rješenja doimaju prihvatljivima i prilično kvalitetno razrađenima. No, pravnici teže stalnom preispitivanju i pronalaženju najboljih rješenja za društvene potrebe i probleme, a to nije jednostavno budući da se društvo ubrzano mijenja.<sup>79</sup> Stoga je prilično teško s obzirom na trenutno društveno i gospodarsko neraspoloženje odgovoriti na ono osnovno pitanje postavljeno na početku, odnosno jesu li pozitivnopravna rješenja u kontekstu uzdržavanja punoljetnog djeteta usklađena sa socijalnom slikom društva. Barem djelomično jesu. Postojeća su rješenja prilično moderna. Opće gledano, pravo na uzdržavanje punoljetnog djeteta u hrvatskom je pravnom sustavu prikladno uređeno. No, upravo kada je cjelokupan sustav kvalitetan još više dolaze na vidjelo nedostaci. Pa je tako, u kontekstu uređenja prava na uzdržavanje punoljetnog djeteta, prema mišljenju autorice, slabost sustava vidljiva u uređenju uzdržavanja po završetku obrazovanja u slučaju nezaposlenosti punoljetnog djeteta. Svakako je dobro predvidjeti određeno razdoblje radi dodatne potpore mladim članovima obitelji na njihovom putu k osamostaljenju, međutim uvjeti za ostvarivanje prava na uzdržavanje trebali bi biti konkretnije definirani. Stoga se ukazuje na činjenicu da je učestali „nastavak uzdržavanja“ po isteku spomenutog razdoblja nespojiv s pravnom prirodom instituta uzdržavanja punoljetnog nezaposlenog djeteta. Oživljavanjem prava na uzdržavanje zanemaruje se činjenica da obveza roditelja ne može trajati *sine die*. Ipak se ne bi smjelo zaboravljati da ova specifična podvrsta

79 Sveobuhvatan prikaz novih društvenih i obiteljskih socioloških trendova nudi Crespo Garrido, M., *Family and dependency. New needs, new proposals*, dostupno na: [www.comparazionediritto.civile.it](http://www.comparazionediritto.civile.it), posjećeno 28.07.2014.

uzdržavanja, koju zakonodavstvo uređuje uz uvjet postojanja određenih dodatnih pretpostavki, ima izvanrednu prirodu. Zrelošću, premda to ne znači punoljetnošću, svaka bi radno sposobna osoba morala brinuti o sebi u svakom smislu, pa i financijskom. Osamostaljenje bi trebala biti težnja svakoga mladog čovjeka. Često se taj rezultat ne ostvaruje. Jednim se dijelom krivnju može imputirati gospodarskoj krizi, koja uvelike pogađa mlade koji ostaju nezaposleni. No u tim slučajevima, u danom trenutku odgovornost mora prijeći s obitelji na državu. U tom smislu treba pozdraviti mjere za zapošljavanje mladih i priželjkivati njihovo povećanje. Uostalom ostavljanje tereta uzdržavanja na roditeljima predstavlja samo kratkoročno olakšanje za državu. Bilo bi oportuno više razmišljati o posljedicama takvog opterećenja obitelji i obiteljske imovine. Obiteljska je solidarnost plemenita vrijednost i temeljno načelo obiteljskoga prava ali se u njoj ne može tražiti rješenje za socijalne probleme društva. Nezaposlenost mladih se ne odražava samo na njihov osobni status, odnosno na činjenicu da ostaju živjeti s roditeljima i ne osnivaju vlastitu obitelj. Njome također nestaje obiteljsko (obilnije ili skromnije) bogatstvo. Nezaposlenost mladih se financira iz ušteđevina starijih generacija što dovodi do nastavka stagnacije privrede.

U konačnici, radi sustavnijeg uređenja materije nudi se nekoliko prijedloga *de lege ferenda*. Ponajprije, predlaže se detaljnije reguliranje uvjeta koji omogućuju punoljetnom djetetu, koji je završio školovanje ili obrazovanje, primanje uzdržavanja. Nije dostatno utvrditi status nezaposlenosti. Potrebno je precizno regulirati kako iz tog stanja izaći, odnosno koje radnje uzdržavana osoba mora aktivno poduzeti. To je ostvarivo isključivo kroz horizontalnu povezanost zakonodavnih reformi. Sve dok svaki zakon rješava na svoj način određeni dio problema neće se postići značajniji napredak u osiguranju osnovnih prava svih osoba. Horizontalna usklađenost zakonodavstva u kontekstu uzdržavanja i osamostaljenja mladih ljudi zasigurno bi doprinijela unaprijeđenju pravnog sustava.

U svjetlu ranijih razmatranja, također se predlaže izričito propisivanje zabrane oživljavanja prava na uzdržavanje.

Drugi dio krivnje zbog ne osamostaljenja snose sami mladi. Na samom se kraju želi upozoriti na društveni (ali i psihološki) fenomen „produženih adolescencija“ s kojim se većina današnjih razvijenih društva susreće.<sup>80</sup> Mnogi inozemni pravni sustavi veoma ozbiljno shvaćaju tu pojavu te pokušavaju pronaći adekvatna i suvremena rješenja. Hrvatsko se društvo još uvijek ne doima zabrinutim tom pojavom. Ipak, ne bi bilo zgorega ozbiljno sagledati problem mladih koji imaju poteškoća u odrastanju. Produžena se adolescencija pojavljuje kada punoljetno dijete, odnosno mladi čovjek nije u stanju poduzeti radnje i odluke s ciljem vlastitog osamostaljenja. Fenomen se prepoznaje u dugotrajnom studiranju ili u neodlučnom ili nepoduzetnom ponašanju u traženju posla, odnosno u neodlučnosti glede

80 Berrutti, M., Facchini, G., cit. Napose s psihološkog aspekta autorice ističu kako je taj život bez „konačnog odrastanja“ postao „stil života“ te upozoravaju kako javnost i struka nisu do kraja još prepoznali taj latentan vrlo opasan društveni fenomen koji bi mogao imati puno šire posljedice od samog uzdržavanja u nedogled.



poduzimanja bilo kakve inicijative. S time u vezi željela bi se istaknuti važnost preventivnog suzbijanja fenomena: osim osmišljavanja suvremenih i kvalitetnih pravnih propisa, sustav bi trebao osmisliti razne edukativne mjere za mlade.

U svjetlu iznesenih razmatranja, najprikladniji je način za zaključiti ovaj rad prepustiti se riječima prof. Senise: „Zrelost se postiže rješenjem konflikta između slobode i odgovornosti“.

## Summary

### ADULT CHILD MAINTENANCE

The Law on maintenance of adult children is a family law institute frequently adopted in the practice considering that the majority of the children of age still depends economically from parents, because of the fact that they decide to study or they are no able to find an employment after the education.

The crisis inevitably reflects to the realization of the law on maintenance of adult children. On one side, the reason can be the parents' impossibility to maintain them longer, because of the loss of the job or because of the deterioration of their economic situation. On the other hand, it can derive from the child's impossibility to find an employment after the education or from the irregularity in studying. Therefore, since the beginning of the crisis it can be observed a concrete and constant increase of the number of judgments, which deal with some aspects of the law on maintenance of adult children.

After an overview of the legal frame, the main purpose of this paper is to point out the relevant legal question, which derives from the case law. Moreover, it will be offered a short overview of the legal solutions offered in the context of the law on maintenance of adult children by the Italian, French and German legal systems in order to make a comparison with the domestic law on maintenance.

Finally, the purpose of the paper is to try to answer to the previous questions, in particular if the actual Croatian legal solutions are connectable with the social reality of the Country.

**Keywords:** *maintenance, adult child, education, employment.*

## Zusammenfassung

### ÜBER DEN UNTERHALT FÜR VOLLJÄHRIGE KINDER

Unterhalt für volljährige Kinder ist ein familienrechtliches Institut, das in Praxis sehr oft angewandt wird, da die meisten Kinder ab dem achtzehnten Lebensjahr abhängig von ihren Eltern sind, falls sie sich für weitere Ausbildung entschieden haben oder falls sie keine Anstellung nach dem Studium finden können.

Zwangsläufig beeinflusst die Krisenzeit die Verwirklichung der Rechte auf den Unterhalt für volljährige Kinder. Ungeachtet dessen, ob es um die Unmöglichkeit der Eltern, wegen des Jobverlustes oder finanzieller Schieflage dem Kind Unterhalt zu leisten, oder um die Unmöglichkeit, junge Menschen anzustellen, was heute ein ernsthaftes Problem darstellt, oder um unordentliches Studieren, geht, ist es eine Tatsache, dass seit dem Beginn der wirtschaftlichen Krise die Zahl der Urteile, welche sich mit verschiedenen Aspekten des Unterhalts für volljährige Kinder beschäftigen, gestiegen ist.

Nach der Wiederherstellung des normativen Rahmens wird diese Arbeit versuchen, die aus der Rechtsprechung hervorgehenden grundlegenden Fragen zu beleuchten. Ebenfalls wird man die Beschlüsse, welche im Kontext des Unterhalts für volljährige Kinder von italienischen, französischen und deutschen Rechtssystemen angeboten werden, kurz darstellen, wobei das Ziel sein wird, sie mit inländischen Rechtsbeschlüssen zu vergleichen.

Letztendlich wird man versuchen, die vorher gestellten Fragen zu beantworten, vor allem die Frage, ob die kroatischen Rechtsbeschlüsse mit der Sozialpolitik und dem sozialen Bild der Gesellschaft miteinander vereinbart werden können.

**Schlüsselwörter:** *Unterhalt, volljähriges Kind, Schulung, Ausbildung, Anstellung.*

## Riassunto

### **DEL MANTENIMENTO DEI FIGLI MAGGIORENNI**

Il diritto al mantenimento dei figli maggiorenni è un istituto giuridico del diritto di famiglia di frequente applicazione pratica, poiché la maggiore parte dei figli maggiori di età continuano ad essere economicamente dipendenti dai propri genitori qualora decidano di proseguire gli studi o non riescono a trovare subito un'occupazione al termine degli stessi.

La crisi inevitabilmente si riflette sulla realizzazione del diritto al mantenimento dei figli maggiorenni. Sia che si tratti dell'impossibilità in capo ai genitori di continuare a mantenere i figli in seguito alla perdita del lavoro o ad un generale peggioramento delle condizioni economiche; sia che si tratti dell'impossibilità in capo al giovane di trovare un'occupazione (e ciò rappresenta una delle piaghe della società contemporanea), o di condurre regolarmente al termine i propri studi, sta di fatto che a partire dalla crisi economica il numero di pronunce che si occupano di profili concernenti il diritto al mantenimento è in concreto e costante aumento.

Dopo avere ricostruito il quadro normativo, s'incentra l'indagine sull'individuazione delle questioni più pregnanti nella prassi giurisprudenziale. Si offrirà altresì una breve rassegna comparata delle soluzioni giuridiche adottate con riferimento al mantenimento dei figli maggiorenni nel diritto italiano, francese e tedesco al fine di confrontarle con il diritto interno.

Infine, si tenterà di rispondere ai quesiti posti all'inizio ed in ispecie alla domanda se il diritto croato vigente sia in linea con la politica sociale e con l'odierna realtà sociale.

**Parole chiave:** *mantenimento, figlio maggiorenne, istruzione, occupazione.*

## DAS BEIHILFEPRÜFUNGSVERFAHREN UND KROATIENS BEITRITT ZUR EU: BEDEUTUNG DER BESTIMMUNGS- UND RÜCKFORDERUNGSPROZEDUR FÜR KROATISCHE STEUERBEIHILFEN

Šime Jozipović, mag. iur. (LLM München)  
Institut Max Planck za porezno pravo i  
javne financije, München  
Njemačka

UDK: 336.57::061.1EU  
Ur.: 20. prosinca 2013.  
Pr.: 15. lipnja 2014.  
Izvorni znanstveni rad

## POSTUPAK KONTROLE DRŽAVNIH POTPORA I HRVATSKI PRISTUP EUROPSKOJ UNIJI: ZNAČAJ POSTUPKA UTVRĐIVANJA I POVRATKA DRŽAVNE POTPORE ZA HRVATSKO POREZNO PRAVO.

### *Sažetak*

*Predmetni članak obrađuje problematiku postojećih državnih potpora koje je Republika Hrvatska nedozvoljeno unijela u Europsku Uniju s aspekta procesnih normi o zaštiti tržišnog natjecanja. Pritom autor uspoređuje modele nadzora i posljedice utvrđivanja državnih potpora od strane nadležnih tijela u Republici Hrvatskoj prije ulaska u EU s postupkom koji se primjenjuje unutar EU te posebnim mehanizmima unutar samog pristupnog procesa. Autor se služi kategorijom potpora u poreznom pravu kao posebno složenoj strukturi prava tržišnog natjecanja kako bi akcentirao razlike u strukturi i posljedicama pojedinih sustava nadzora te razini tržišnopopravne zaštite. Na temelju tako izvršene usporedne analize autor utvrđuje slabosti prethodnog sustava koje su omogućile skriveno zadržavanje protupravnih državnih potpora u pravnom poretku Republike Hrvatske i nakon ulaska u EU te utvrđuje odgovornost pojedinih organa u Hrvatskoj i EU za predmetno stanje. Naposljetku autor definiira potencijalne posljedice kontrole predmetnih državnih potpora unutar EU te kritično promatra dosadašnja teorijska stajališta kao i stavove SEU u odnosu na razmjere posljedica za Republiku Hrvatsku.*

**Ključne riječi:** državne potpore, porez, pristupni proces, komisija, tržišno natjecanje.

## I. EINLEITUNG

Nachdem die letzten rechtlichen Hindernisse beseitigt waren, wurde am 1. Juli 2013 Kroatien der 28. Mitgliedsstaat der EU<sup>1</sup>. Dem Beitritt der Republik Kroatien ging ein langwieriges Verfahren voran, in welchem sie sich an europäische Normen und Standards anpassen musste. Hierbei stellte die Anpassung im Bereich der staatlichen Beihilfen eine besondere Herausforderung dar. Neben zahlreichen wirtschaftlichen Faktoren wurde die Anpassung in diesem Bereich insbesondere durch die Vielschichtigkeit der Materie und die weitreichenden Folgen für das nationale Rechtssystem erschwert. Dies galt insbesondere für den Einfluss des Beihilfenrechts auf die Direktbesteuerung. Da die Direktbesteuerung in der EU weitestgehend nicht harmonisiert ist, bilden die beihilferechtlichen Regelungen des Art. 107 AEUV, neben den Grundfreiheiten, den zentralen Reibungspunkt zwischen nationalem Steuerrecht und Europarecht<sup>2</sup>.

In der beihilferechtlichen Bewertung ist die Ausgestaltung des Beihilfeprüfungsverfahrens ein wesentlicher Faktor für die allgemeine Konformität eines Rechtssystems mit dem EU-Beihilfenrecht. Das Ausmaß und der Inhalt der Prüfungskompetenzen des zuständigen Organs, die Verfahrensdauer, die subjektiven Verfahrensrechte der Parteien und die potenziellen Folgen einer Entscheidung haben einen enormen Einfluss auf die Beihilfepraxis innerhalb des überwachten Systems. Somit ist es für das Verständnis des Beihilfenrechts und insbesondere seiner Anwendung im Steuerrecht unumgänglich, einen klaren Überblick über das Verfahren und seine Auswirkungen zu haben. Im Folgenden werden die unterschiedlichen Prüfungsverfahren zweier Rechtssysteme dargestellt: das bisherige Verfahren in Kroatien und das der EU, welches nun auch für Kroatien gilt. Dabei wird insbesondere die spezifische Stellung Kroatiens als damaliger Beitrittskandidat im Lichte seines EU-Beitrittes und der daraus folgenden Konsequenzen bezüglich bereits vorhandener Beihilfen beurteilt.

Insbesondere wird hierbei auf die Einflüsse der unterschiedlichen Beihilfeprüfungsverfahren auf den Bereich der Steuerbeihilfen eingegangen, welche als besonders Markantes Beispiel eines Rechtsbereiches dienen, dessen formelle Rechtmäßigkeit in wesentlicher Abhängigkeit zu den Charakteristiken des anzuwendenden Prüfungsverfahrens selbst steht. Ziel dieser Arbeit ist es, zu erörtern, inwieweit sich die Anwendung der Beihilfe Regelungen auf (Steuer-) Sachverhalte in den EU-Mitgliedsstaaten von der Prüfung in Kroatien unterschied, und welche faktischen Auswirkungen dies auf die formelle Stellung von Beihilfen in Kroatien nach seinem Beitritt haben könnte. Hierfür wird sowohl auf das nationale Prüfungsverfahren des nun neunten Mitgliedsstaats als auch auf das Beitrittsverfahren an sich eingegangen. Dabei wird der Schwerpunkt der Analyse auf der verfahrensrechtlichen Beihilfekategorisierung und ihren Folgen liegen.

1 Art. 3 Abs. 3. Vertrag über den Beitritt Kroatiens zur Europäischen Union NN 2/12.

2 So etwa Lang, Die Auswirkungen des gemeinschaftlichen Beihilferechts auf das Steuerrecht, S 110 ff.; Lübbig, Beihilfenrecht der EU, Rn. 2 ff.

## **II. DIE PRÜFUNG VON BEIHILFEN DER EU-MITGLIEDSSTAATEN**

Für die Mitgliedsstaaten der EU gelten spezielle Verfahrensvorschriften für die Prüfung von Beihilfen. Die wesentlichsten Maßgaben des Verfahrens werden im Art. 108 AEUV definiert, das genaue Verfahren hingegen gem. Art. 109 AEUV in den dazugehörigen Durchführungsverordnungen geregelt<sup>3</sup>. Vorgesehen sind verschiedene Prüfungsverfahren, welche sich nach Umfang, Struktur und den beteiligten Rechtssubjekten unterscheiden. Die Zuständigkeit des einzelnen Prüfungsverfahrens richtet sich nach der verfahrensrechtlichen Kategorisierung der zu prüfenden Beihilfe.

### **1. Die verfahrensrechtliche Beihilfekategorisierung und ihre Folgen**

Nicht nur die Determinierung des anzuwendenden Verfahrens, sondern auch die Folgen für die gewährten Beihilfen sind von der verfahrensrechtlichen Kategorisierung der Beihilfe abhängig. Vorab ist anzumerken, dass im Folgenden die verfahrensrechtlichen Beihilfekategorien dargestellt werden. Materiellrechtlich ist zu unterscheiden zwischen Maßnahmen die keine Beihilfen darstellen, Maßnahmen die zwar Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 sind, aber aufgrund von Ausnahmeregelungen mit dem Binnenmarkt vereinbar sind und Maßnahmen die Beihilfen darstellen, welche mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind (materiell rechtswidrige Beihilfen).

#### **a. Einzelbeihilfen und Beihilferegulungen**

Beihilferegulungen sind Regelungen, auf deren Grundlage allgemein und abstrakt definierten Unternehmen ohne nähere Durchführungsmaßnahmen Einzelbeihilfen gewährt werden können, sowie solche Regelungen, wonach einem oder mehreren Unternehmen nicht an ein bestimmtes Vorhaben gebundene Beihilfen für unbestimmte Zeit und/oder in unbestimmter Höhe gewährt werden können<sup>4</sup>. Einzelbeihilfen sind hingegen Beihilfen, die nicht unmittelbar aufgrund einer Beihilferegulung gewährt werden sowie einzelne anmeldungspflichtige Zuwendungen aufgrund einer Beihilferegulung<sup>5</sup>. Der Unterschied zwischen Einzelbeihilfen und Beihilferegulungen leitet sich somit vor allem aus dem Niveau der Abstraktheit der Beihilfe ab. Aufgrund des allgemeinen Charakters des Steuerrechts werden Beihilfen in diesem Bereich naturgemäß hauptsächlich aufgrund von Beihilferegulungen gewährt. Es sind allerdings zahlreiche Fälle

3 Verordnung EG 659/1999 des Rates v. 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art 93. EGV (im weiteren Text VerfO); Verordnung EG 794/2004 vom 21.4.2004 Nr. L 2004 140;

4 Art. 1 Lit. d VerfO

5 Art. 1 Lit. e VerfO

denkbar, in denen auch in diesem Bereich Beihilfen in Form von Einzelbeihilfen gewährt werden. Dies könnte beispielsweise durch Ermessensentscheidungen des Finanzamtes oder staatlicher Verzicht auf die Durchsetzung von Steuerforderungen in Bezug zu einem konkreten Unternehmen der Fall sein<sup>6</sup>.

Die Unterscheidung zwischen Einzelbeihilfe und Beihilferegulung erlangt vor allem im Kontext der Anmeldung oder Rückforderungsanordnung Bedeutung. Einzelbeihilfen müssen grundsätzlich für jeden Einzelfall gesondert genehmigt werden; Beihilfen, die im Rahmen einer Beihilferegulung gewährt werden, bedürfen hingegen keiner gesonderten Genehmigung, wenn die Beihilferegulung an sich bereits genehmigt wurde. Entsprechende Konsequenzen hat auch eine Rückforderungsanordnung der Beihilfe. Die Kommission hat Einzelbeihilfen jeweils gesondert auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen und gegebenenfalls deren Rückforderung vom betreffenden Staat einzeln zu verlangen. Demgegenüber reicht es bei Beihilferegulungen aus, allgemeine Rückforderungskriterien für alle betreffenden Beihilfen der Regulung aufzustellen und diese in einer einzelnen Rückforderungsanordnung vorzulegen<sup>7</sup>.

#### *b. Bestehende Beihilfen und neue Beihilfen*

Der Begriff der neuen Beihilfen wird in der VerfO negativ definiert. Somit gelten als neue Beihilfen alle Beihilfen, die keine bestehenden Beihilfen sind, einschließlich Änderungen bestehender Beihilfen. Als bestehende Beihilfen gelten demgegenüber: Beihilfen, die bereits vor Inkrafttreten des „EG-Vertrags“ bestanden und auch nach dessen Inkrafttreten noch anwendbar sind, genehmigte Beihilfen, Beihilfen, die durch Fristablauf als genehmigt gelten, Beihilfen, die durch Verjährung als genehmigt gelten und Beihilfen, die als bestehende Beihilfen gelten, weil nachgewiesen werden kann, dass sie zu dem Zeitpunkt, zu dem sie eingeführt wurden, keine Beihilfen waren und später aufgrund der Entwicklung des Binnenmarktes zu Beihilfen wurden, ohne dass sie eine Änderung durch den betreffenden Mitgliedstaat erfahren haben<sup>8</sup>.

Bestehende Beihilfen gelten so lange als binnenmarktkonform, bis innerhalb eines neuen Prüfungsverfahrens bzw. durch ein entsprechendes Urteil des EuG oder EuGH das Gegenteil festgestellt wird<sup>9</sup>. Sofern ein Mitgliedsstaat jedoch eine neue Beihilfe einführen will, muss er diese grundsätzlich anmelden, da sie nur durch das Durchlaufen der Prüfungsprozedur bzw. aufgrund der anderen vorgesehenen Prozesse zu einer formell rechtmäßigen (bestehenden) Beihilfe werden kann.

6 Vgl. UntS.Mit. Rn. 9 und 21 ff. mit Verweis auf: EUGH v. 26.9.1996, Rs. C 241/94, *Frankreich/Kommission* Slg. 1996, S. I 4551.

7 Vgl. EuGH Rs. 5. 5. 2011 –*Italien/Kommission*, C-305/09, Rn. 27 ff.

8 Vgl. Art. 1 Abs. b lit. i bis v

9 Vgl. Art. 108 Abs. 2; EuGH, Rs. C-387/92, *Banco Exterior de Espana*, Slg. 1994, I-877 (909) Rn. 20

### *c. Rechtswidrige Beihilfen*

#### *c.a. Formell rechtswidrige und materiell rechtswidrige Beihilfen*

Formell rechtswidrige Beihilfen sind neue Beihilfen, welche nicht entsprechend der Verfahrensvorschriften vom betreffenden Staat angemeldet wurden oder trotz einer negativen Entscheidung (weiter) gelten<sup>10</sup>. Während die formelle Rechtswidrigkeit einer Beihilfe daher rührt, dass sie eingeführt wird, ohne das entsprechende Prüfungsverfahren durchlaufen zu haben, ergeht die materielle Rechtswidrigkeit einer Beihilfe aus ihrer Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt.<sup>11</sup> Da die formelle Rechtswidrigkeit daraus folgt, dass eine Beihilfe eingeführt, aber nicht vorher angemeldet wurde, gilt diese als von dem Zeitpunkt an formell rechtswidrig, an dem sie zum ersten Mal unautorisiert in Kraft trat. Es ist dabei für die formelle Rechtswidrigkeit selbst irrelevant, ob die Beihilfe gleichzeitig auch materiell rechtswidrig war.

#### *c.b. Die Folgen rechtswidriger Beihilfen*

Beihilfen, die entgegen den Rechtsvorschriften gewährt wurden, sind rechtswidrig. Die Reaktion auf eine rechtswidrige Beihilfe muss somit eine Maßnahme sein, durch welche die Wirkung der Beihilfe im kompletten Umfang ihrer Rechtswidrigkeit neutralisiert wird<sup>12</sup>. Allein die formelle Rechtswidrigkeit hat daher lediglich zur Folge, dass getätigte Beihilfen um den Faktor vermindert werden müssen, der dem Unterschied zwischen einer verfahrenskonformen Beihilfengewährung und der tatsächlich getätigten Beihilfengewährung entspricht. Da durch die Verletzung der Verfahrensvorschriften eine Beihilfe früher gewährt wurde als dies rechtlich zulässig gewesen wäre, wird durch eine Rückzahlung der Zinsen für die verfrühte Auszahlung eine rechtlich neutrale Lage wiederhergestellt<sup>13</sup>.

Nur wenn Beihilfen auch mit dem Binnenmarkt unvereinbar und somit materiell rechtswidrig sind, fordert die Kommission den betreffenden Staat auf, die Beihilfen zurückzufordern<sup>14</sup>. Somit muss auch materiell die Beihilfe bereits zu dem Zeitpunkt rechtswidrig gewesen sein, ab welchem eine Rückforderung veranlasst werden soll. Dies ist allerdings unproblematisch, da es für die materielle Rechtswidrigkeit einer Beihilfe bereits ausreichend ist, dass eine Maßnahme den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt bloß zu verfälschen droht<sup>15</sup>. Eine ernsthafte

10 Art. 1 Abs. f VerfO

11 Vgl. *Lübbig*, Beihilfenrecht der EU, Rn. 949 ff.

12 Vgl. EuGH Rs. C-142/87, *Tubemuse*, Slg. 1990, I-959 (1020) Rn. 66 ; EuGH Rs. C-75/97, *Maribel* Slg. 1999, S. I-3671, Rn. 44

13 Vgl. EuGH Rs. C-301/87, *Boussac*, Slg. 1990, I-307 (356 f.) Rn. 20 ff.;

14 Vgl. hierzu EuGH v. 14.02.1990 Rs. C-301/87, *Boussac*, Slg. 1990, I-307, 356, Rn. 20 ff.

15 Vgl. Art. 107 Abs. 1 AEUV ; dazu insbesondere : EuGH v. 29.4.2004, Rs.

C-372/97, *Italien/Kommission*, Slg. 2004, I-3679, Rn. 44; EuGH v. 15.12.2005, Rs.

C-148/04, *Unicredito Italiano*, Slg. 2005, I-11137, Rn. 54 und EuGH, v. 30.04.2009 Rs.

C-494/06 P *Cassa di Risparmio di Firenze*, Slg. 2009, I-3639, Rn. 140.



Bedrohung der Wettbewerbsverfälschung entsteht bereits durch die Einführung einer Beihilfe i.S.v. Art 107. AEUV, wodurch zur formellen Rechtswidrigkeit auf Grund nicht erfolgter Anmeldung der Beihilfe bei der Kommission, zugleich die materielle Rechtswidrigkeit eintritt. Einen Sonderfall bilden bestehende Beihilfen. Eine bestehende Beihilfe, die innerhalb des vorgegebenen Rahmens angewandt wird, gilt so lange als formell und materiell rechtmäßig, bis eine gegenteilige Entscheidung der Kommission oder ein entsprechendes Urteil ergeht<sup>16</sup>. Von diesem Zeitpunkt an ist sie dann materiell rechtswidrig und wird in weiterer Folge dadurch, dass sie nach der Entscheidung fort gilt, auch formell rechtswidrig.

Es ist die Aufgabe der Kommission, den Binnenmarkt vor Verzerrungen durch rechtswidrige staatliche Beihilfen zu schützen<sup>17</sup>. Die Anordnung zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen für den vollständigen Zeitraum ihrer rechtswidrigen Gewährung ist somit die logische Konsequenz<sup>18</sup>. Dementsprechend hat die Kommission auch keinen Ermessensspielraum bezüglich eines Verzichts auf eine Rückforderungsanordnung<sup>19</sup>. Sie kann nur unter engen Voraussetzungen davon absehen, den Staat zur Rückforderung der ausgekehrten Beihilfen anzuweisen. Dies gilt etwa bei absoluter Unmöglichkeit<sup>20</sup>, dem Ablauf einer Zehnjahresfrist gem. Art. 15 Abs. 1 VerfO, oder wenn die Rückforderung gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 VerfO gegen allgemeine Grundsätze des Unionsrechts verstoßen würde.

#### *d. Missbräuchlich angewandte Beihilfen*

Missbräuchlich angewandte Beihilfen sind Beihilfen, die zwar angemeldet wurden, allerdings entgegen dem Inhalt der Vereinbarkeitsentscheidung im Vorverfahren, einer im Hauptverfahren ergangenen Entscheidung bzw. einer Auflage oder Bedingung, die aus dieser Entscheidung hervorgeht, angewandt werden<sup>21</sup>. Die Kommission kann den Staat anweisen, missbräuchlich angewandte Beihilfen zurückzufordern oder nach eigenem Ermessen von einer Rückforderungsanordnung absehen.<sup>22</sup>

## **2. Die Prüfungsverfahren**

In der VerfO sind verschiedene Prüfungsverfahren vorgesehen. Die Mitgliedsstaaten haben nur eine Anmeldepflicht für neue Beihilfen i.S.v. Art. 2 Abs.

16 Siehe Fn. 10 dieser Arbeit

17 Vgl. Art. 108 Abs.1 S.1 AEUV i.V.m. Art. 17 Abs. 1 EUV

18 EuGH, Rs. 70/72, *Kommission/Deutschland* Slg. 1973, 813, Rn. 13; EuGH Rs. C-305/89, *Alfa Romeo*, Slg. 1991, I-959 (1020) ;Vgl. auch: *Vögler* Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2007, S. 294; *Jaeger* in : *Holubek/ Lang*[Hrsg.], Abgabenrecht und Verfahrensrecht , 145 (156)

19 Vgl. *Sinnaeve*, Die neue Verfahrensordnung in Beihilfesachen, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, S. 270 ff

20 Vgl. EuGH v. 27.6.2000., Rs. C-404/97, *Kommission/Portugal*, Slg. 2000 I-4897, 4973, Rn. 52,53;Vgl. auch *Mestmäcker*:Europäisches Wettbewerbsrecht, 45, Rn. 46ff.

21 Art. 1 Abs. g VerfO.

22 Vgl. hierzu Nr. 15 der Gründe zur Erlassung der VerfO.

1 VerfO. Diese Beihilfen werden nach ihrer Anmeldung präventiv geprüft. Da allein durch die präventive Prüfung ein effektiver Schutz des Binnenmarkts jedoch nicht gewährleistet werden kann, wurden in der VerfO ebenfalls Prüfungsverfahren zur fortlaufenden Beihilfeprüfung vorgesehen.

### *Das präventive Prüfungsverfahren*

#### *a.a. Die Notifizierung*

Die präventive Beihilfeprüfung beruht auf der Pflicht aller Mitgliedsstaaten, jede beabsichtigte Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen ordentlich der Kommission zu notifizieren. Hierbei gilt, dass alle Maßnahmen anzumelden sind, die die Beihilfekriterien des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen könnten. Auch solche Beihilfen, die unter die Ausnahmen des Art. 107 Abs. 2 und 107 Abs. 3 AEUV fallen, sind zu notifizieren<sup>23</sup>. Eine Ausnahme von der Notifizierungspflicht besteht lediglich für Beihilfen, die durch Gruppenfreistellungsverordnungen ausgenommen wurden<sup>24</sup>. In diesem Zusammenhang sind vor allem die Regelungen für Beihilfen an kleine und mittelständige Unternehmen von Bedeutung (sog. de-minimis-Beihilfen)<sup>25</sup>. Für notifizierte Maßnahmen gilt ein allgemeines Anwendungsverbot bis zur Beendigung des Prüfungsverfahrens (sog. Stillhaltepflicht).<sup>26</sup>

#### *a.b. Das vorläufige Prüfungsverfahren*

Unmittelbar nach der Notifizierung durch den Mitgliedsstaat wird durch die Kommission ein vorläufiges Prüfungsverfahren eingeleitet<sup>27</sup>. Das vorläufige Prüfungsverfahren hat dabei nicht die Aufgabe, alle Aspekte der Maßnahme in ihren Wirkungen umfassend zu analysieren, sondern ist vielmehr als erste Filterung der eingegangenen Notifizierungen zu betrachten. Dies soll vor allem dem Zwecke der Prozessökonomie dienen<sup>28</sup>. So wird einerseits die Belastung der Kommission verringert, und andererseits der Schaden für die Mitgliedsstaaten, der durch den Anwendungsaufschub entsteht, begrenzt. Entsprechend diesem Zweck ist auch

23 Siehe Art. 108 Abs. 1 S 1 i.V.m. Art. 108 Abs. 2; Vgl. auch *Koenig/Kühling/Ritter: EG-Beihilfenrecht* S 293

24 Vgl. Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998 über die Anwendung der Art. 92 und 93 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, nun Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag (allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung)

25 Verordnung (EG) Nr. 736/2008 der Kommission vom 22. Juli 2008 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beihilfen an kleine und mittlere in der Erzeugung, Verarbeitung und Vermarktung von Fischereierzeugnissen tätige Unternehmen

26 Art. 108 Abs. 3 VerfO

27 Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 4 VerfVO

28 Vgl. hierzu auch EuGH v. 11.09.1973, Rs. 120/73, *Lorenz GmbH/ Deutschland*, Slg. 1973,1471,1478, Rn. 3

die Prüfungsfrist auf lediglich zwei Monate ab dem Zeitpunkt der vollständigen Notifizierung begrenzt<sup>29</sup>.

Erachtet die Kommission die Maßnahme als unbedenklich, wird sie dies durch einen entsprechenden Beschluss dem betreffenden Staat mitteilen. In diesem Fall gilt das Prüfungsverfahren als beendet und die notifizierte Maßnahme als mit dem Binnenmarkt vereinbar. Dieselbe Wirkung hat es, wenn die Kommission innerhalb der zweimonatigen Frist überhaupt nicht reagiert<sup>30</sup>. Ist aus Sicht der Kommission jedoch nicht zweifelsfrei erwiesen, dass die notifizierte Maßnahme nicht gegen die Beihilfevorschriften der EU verstößt, so ist dies bereits ausreichend, um das Hauptprüfungsverfahren einzuleiten<sup>31</sup>.

#### *a.c. Das Hauptprüfungsverfahren*

Im Hauptprüfungsverfahren wird jeder Fall umfangreich untersucht. So steht es in dieser Phase jedem Beteiligten frei, eine Stellungnahme abzugeben. Dabei ist der Begriff des Beteiligten weit auszulegen<sup>32</sup>. Außerdem hat der notifizierende Staat eine sehr umfangreiche Informationspflicht der Kommission gegenüber<sup>33</sup>. Entsprechend der Vorgabe, eine umfassende Prüfung durchzuführen, kann dieser Vorgang relativ lange dauern. Als Richtwert gilt ein Zeitraum von 18 Monaten, nach welchem eine Entscheidungsfindung innerhalb einer Zusatzfrist erzwungen werden kann<sup>34</sup>. Nach Beendigung der Prüfung erlässt die Kommission einen Beschluss, demzufolge die notifizierte Maßnahme entweder keine staatliche Beihilfe darstellt, zwar eine Beihilfe darstellt aber mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, oder eine verbotene Beihilfe darstellt und mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist<sup>35</sup>. Die Kommission kann an einen Beschluss, durch den eine Beihilfe als mit dem Binnenmarkt für vereinbar erklärt wird, Auflagen oder Bedingungen knüpfen<sup>36</sup>.

29 Vgl. Art 4 Abs. 5 VerfO: eine Notifizierung gilt als unvollständig, wenn die Kommission sich nicht in der Lage sieht, aufgrund der vorliegenden Informationen eine Entscheidung zu treffen, und dies in einem Auskunftersuchen dem notifizierenden Staat mitteilt. Näheres zu den verfahrensrechtlichen Folgen *Lübbig*: Beihilfenrecht der EU, Rn. 870 ff.; *Koenig/Kühling/Ritter*: EG-Beihilfenrecht S 183; *Raab*: Das EU-Beihilfenverbot und seine verfahrensrechtlichen Auswirkungen im Steuerrecht S 295;

30 Art. 4 Abs. VerfO

31 Vgl. EuGH v. 20.03.1984, R.s. 84/82, *Deutschland/Kommission*, Slg. 1984, 1451

32 *Mederer* in GTE, Art. 94 Rn. 49

33 Art. 5 VerfO

34 Art. 7 Abs. 6 VerfO,

35 Art. 7 VerfO.

36 Über den Umfang dieser Bedingungen *Lübbig*, Beihilfenrecht der EU, Rn. 933 ff.

### *Die fortlaufende Beihilfeprüfung*

#### *b.a. Das Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen*

Die Kommission ist verpflichtet, Informationen gleich welcher Art über zu Unrecht gewährte Beihilfen nachzugehen<sup>37</sup>. Gelangt sie dabei zu dem Schluss, dass anhand der vorliegenden Informationen die betreffende Maßnahme rechtswidrig sein könnte, leitet sie ein Prüfungsverfahren ein. Dieses teilt sich wie das Verfahren bei angemeldeten Beihilfen in das vorläufige Prüfungsverfahren und das Hauptprüfungsverfahren. Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch darin, dass kein *ex lege*-Durchführungsverbot für die betreffende Maßnahme gilt. Vielmehr hat die Kommission einen breiteren Ermessensspielraum, welcher von der einstweiligen Aussetzung der Beihilfe<sup>38</sup> bis zur einstweiligen Rückforderungsanordnung reicht<sup>39</sup>. Diese Sonderregelungen für das Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen erlauben der Kommission ein flexibleres Handeln. Dies ist auch geboten, da im Falle der Prüfung rechtswidriger Beihilfen bereits staatliche Maßnahmen durchgeführt wurden, was zur Folge hat, dass bestimmte Wirtschaftssubjekte direkt von der Verfahrensentwicklung betroffen sein werden. Stellt die Kommission fest, dass die Beihilfe rechtswidrig war, ergeht im Normalfall eine endgültige Rückforderungsanordnung an den Staat<sup>40</sup>.

#### *b.b. Das Verfahren bei missbräuchlich angewandten Beihilfen*

Das Verfahren bei missbräuchlich angewandten Beihilfen entspricht dem Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen<sup>41</sup>. Die Möglichkeit der einstweiligen Rückforderungsanordnung steht der Kommission jedoch nicht zu<sup>42</sup>. Außerdem kann die Kommission im Falle von missbräuchlich angewandten Beihilfen auf eine Rückforderung nach eigenem Ermessen verzichten.

#### *b.c. Das Verfahren bei bestehenden Beihilferegulungen*

Um auf die ständigen Veränderungen der sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten und deren Einfluss auf die Entwicklung des Binnenmarktes reagieren

37 Art. 10 Abs. 1 VerFO.

38 Art. 11 Abs. 1 VerFO.

39 Die Kommission kann eine einstweiligen Rückforderungsanordnung anordnen, wenn kumulativ folgende Kriterien erfüllt sind:

- Nach geltender Praxis bestehen hinsichtlich des Beihilfecharakters der betreffenden Maßnahme keinerlei Zweifel, und
- ein Tätigwerden ist dringend geboten, und
- ein erheblicher und nicht wiedergutzumachender Schaden für einen Konkurrenten ist ernsthaft zu befürchten (Art. 11 Abs. 2 VerFO)

40 Vgl. hierzu EuGH, v. 14.01.1997, Rs. C-169/95, *Spanien /Kommission*, Slg. 1997, I-135, 162, Rn. 47.

41 Vgl. *Koenig/Kühling/Ritter*: EG-Beihilfenrecht S 190.

42 Dies ergeht daraus, dass Art. 16 VerFO nicht auch auf Art. 11 Abs. 2 VerFO verweist.

zu können, ist es die Aufgabe der Kommission, bestehende Beihilferegeln fortwährend auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen<sup>43</sup>. Eine wichtige Besonderheit dieses Prüfungsverfahrens ist es, dass die Kommission die Durchführung der Maßnahme für die Dauer des kompletten Verfahrens nicht aussetzen kann<sup>44</sup>.

Das Prüfungsverfahren selbst ist in zwei Phasen aufgeteilt. Die erste Prüfungsphase zeichnet sich durch eine intensive Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den betreffenden Mitgliedsstaat aus<sup>45</sup>. Ist die Kommission der Auffassung, dass die geprüfte Regelung mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, kann sie dem Staat zweckdienliche Maßnahmen vorschlagen, durch welche die Regelung umgestaltet oder ganz aufgehoben wird. Der Vorschlag zur Durchführung zweckdienlicher Maßnahmen ist eine Empfehlung i.S.v. Art. 249 Abs. 5 EUV und somit an sich nicht für den Staat unmittelbar bindend, außer er verpflichtet sich freiwillig zur Durchführung. Lehnt der Staat die Umsetzung ab, leitet die Kommission das Hauptprüfungsverfahren ein. Dieses entspricht in allen wesentlichen Punkten dem Prüfungsverfahren bei angemeldeten Beihilfen.<sup>46</sup>

### III. DIE PRÜFUNG VON BEIHILFETATBESTÄNDEN INNERHALB DES EU-BEITRITSVERFAHRENS

Das EU-Beitrittsverfahren unterlag in den letzten Jahrzehnten einer ständigen Weiterentwicklung mit einer immer stärkeren Tendenz zur Formalisierung des Verfahrens<sup>47</sup>. Dies galt insbesondere für den Bereich des Beihilferechts, welches sich dadurch auszeichnet, dass sowohl innerhalb der einzelnen Phasen des Beitrittsverfahrens als auch auf nationaler Ebene Mechanismen der Beihilfenkontrolle für den Anwärterstaat vorgesehen wurden.

#### 1. Das Beitrittsverfahren

##### a. Die Vorverhandlungsphase

Grundsätzlich hat jeder europäische Staat, der bestimmte Mindeststandards erfüllt<sup>48</sup>, das Recht, einen Antrag auf Aufnahme in die Europäische Union zu stellen<sup>49</sup>. Da es zu den erklärten Zielen der EU gehört, die Europäische

43 Art 88 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 17-19 VerfO . Hierzu auch insbesondere *Sutter in Mayer* [Hrsg.]: Kommentar zu EU- und EG-Vertrag

44 In der VerfO ist keine Möglichkeit der Erteilung einer verpflichtenden Aussetzungsanordnung vorgesehen. Vgl. dazu EuGH, Rs. C-47/91, *Italgrani*, Slg. 1992, I-4145 (4161) Rn. 25

45 Vgl. Art. 17 VerfO ,Art. 21 VerfO , Vgl. Art 108 AEUV

46 Vgl. *Koenig*, in *Koenig/Kühling/Ritter*: EG-Beihilfenrecht S 193; Götz in Dausers: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts H. III Rn. 7

47 Hierzu *Hoffmeister in Ott*[Hrsg.]: Handbook on European Enlargement. S 90

48 Vgl. Art. 49 EUV i.V.m. Art. 2 EUV

49 Entsprechend dem Wortlaut von Art. 49 EUV ist das Recht auf Antragsstellung aber nicht gleichzusetzen mit dem Recht auf Beitritt, welches in dieser Phase allgemein verneint wird

Integration voranzutreiben und einen gesamteuropäischen Raum der Freiheit, der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu schaffen<sup>50</sup>, aber bei weitem nicht alle europäischen Staaten in der Lage sein würden, den Aufnahmeprozess ordentlich zu bestreiten, erstellte die EU ein spezifisches Vorverfahren zur Annäherung der potenziellen Beitrittskandidaten an die EU<sup>51</sup>. Zu diesem Zwecke werden zahlreiche Völkerrechtliche Abkommen geschlossen<sup>52</sup>. Die wichtigsten Abkommen zwischen der EU und den aktuellen (potenziellen) Beitrittskandidaten in der Vorverhandlungsphase sind das Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen (SAA) und das Interims-Handelsabkommen. Während das SAA das Ziel verfolgt, eine langfristige Annäherung des potenziellen Beitrittskandidaten an die EU zu gewährleisten<sup>53</sup>, ist das Interimsabkommen darauf ausgelegt, kurz- und mittelfristig erste Schritte speziell im Bereich der wirtschaftlichen Annäherung zu tätigen<sup>54</sup>, noch bevor das SAA in Kraft treten kann<sup>55</sup>.

Da es eine enorme Umstellung für die potenziellen Beitrittskandidaten sein kann, dass ihre nationalen Wirtschaftssubjekte an Stelle eines relativ autonomen innerstaatlichen Marktes nach ihrem EU-Beitritt auf dem Binnenmarkt konkurrieren müssen, ist im Rahmen des Vorverfahrens eine Annäherung der Märkte erforderlich. Um diese Annäherung zu ermöglichen ohne zugleich die Funktion des Binnenmarkts zu gefährden, werden innerhalb des SAA/Interimsabkommen Wettbewerbsstandards vorgegeben, die insbesondere im Bereich des Beihilfenrechts eine missbräuchliche Nutzung dieser Marktannäherung verhindern sollen<sup>56</sup>. Während im nachfolgenden Verfahren, insbesondere in der Verhandlungsphase, die Voraussetzungen in den Bereichen Wettbewerb und Steuern untrennbar miteinander verbunden sind, ist diese Bindung aufgrund der Natur des Interimsabkommens in der Vorverhandlungsphase nicht in dieser Intensität erkennbar<sup>57</sup>.

---

und welches auch in den späteren Beitrittsphasen kritisch beurteilt werden. Vgl. *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union Rn. 33 ;

- 50 Vgl. Präambel des EUV, in Bezug auf die Osterweiterung: *Romano Prodi*, „Die Endphase der Erweiterung“, Rede vor dem Europäischen Parlament in Brüssel am 9. 10.2002, mit der er dem Parlament das Strategiepapier der Kommission vorlegte.
- 51 Europäischer Rat Kopenhagen: 21.-22. Juni 1993: Schlussfolgerungen des Vorsitzes; Europäischer Rat Madrid: 15.-16. Dezember 1995: Schlussfolgerungen des Vorsitzes; Konkret für die Region des Westbalkans: Europäischer Rat Santa Maria de Feira: 19.-20 Juni 2000: Schlussfolgerungen des Vorsitzes
- 52 Vgl. Hierzu die früheren „Europaabkommen“ z.B. Polen ABl. 1993 L 348/1, Ungarn ABl. L 1993 347/1, Tschechische Republik ABl. 1994 L 360/1,
- 53 Vgl. Com-SeEur 1999.
- 54 Vgl. Präambel Interimsabkommen-Kroatien, Interimsabkommen-Serbien;
- 55 Es ist nicht ungewöhnlich, dass es mehrere Jahre dauern kann bis das SAA selbst in Kraft tritt. Dies hängt einerseits mit Problemen der potenziellen Beitrittskandidaten zusammen glaubhaft zu machen, dass sie in der Lage sind alle durch diesen Vertrag übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen, andererseits sind oftmals auch politische Faktoren der Grund für eine Verzögerung.
- 56 Vgl. Art 70. SAA-Kroatien, Art 35 Interimsabkommen-Kroatien oder auch Art. 72 SAA-Serbien, Art. 32 Interimsabkommen-Serbien
- 57 Dies kann man unter anderem auch aus der generell positiven Stellungnahme der Kommission zum Beitrittsverfahren Kroatiens, trotz offensichtlicher und der Kommission auch bekannter

### a. Die Einleitungsphase

In der Einleitungsphase stellt der potenzielle Beitrittskandidat einen Antrag auf Beitritt an den Rat<sup>58</sup>. In einem ersten Schritt beurteilt dann die Kommission, ob die nötigen Voraussetzungen erfüllt sind, aufgrund derer der Beginn von Verhandlungen sinnvoll ist. Diese Beurteilung dient dem Rat als Entscheidungsgrundlage. Der Rat ist jedoch nicht an die Stellungnahme der Kommission gebunden.

Ein wesentlicher Punkt der Stellungnahme der Kommission ist auch der Abschnitt über die Wettbewerbsfähigkeit des potenziellen Beitrittskandidaten. Dieser wird vor allem vor dem Hintergrund des SAA bzw. des Interimsabkommens betrachtet<sup>59</sup>. Da das Interimsabkommen insbesondere Bereiche reguliert, welche die wirtschaftlichen Beziehungen im Lichte der Annäherung des jeweiligen Staates an die EU betreffen, ist ein aktives Hinarbeiten auf die Wettbewerbsstandards der EU ein entscheidender Faktor für eine positive Bewertung. Dabei wird jedoch ausdrücklich keine allumfassende, vollendete Angleichung aller wettbewerbsrelevanten Rechtsnormen verlangt. Es werden lediglich solche Voraussetzungen gefordert, die ein erfolgreiches Bestreiten des Beitrittsprozesses implizieren<sup>60</sup>.

Im Bereich des Steuerrechts ist eine ähnliche Situation erkennbar. Es wird zwar einerseits auf solche Steuernormen eingegangen, die eine direkte Gefährdung für die Funktion des Europäischen Binnenmarkts haben, andererseits wird jedoch lediglich die Einleitung entsprechender Anpassungsprozesse verlangt<sup>61</sup>. Eine so eingeschränkte Forderung von Seiten der EU dürfte vor allem daraus folgen, dass man sich sehr wohl bewusst ist, dass Umgestaltungen des Steuersystems eines Staates in diesem Umfang ein sehr anspruchsvolles Vorhaben sind, und dass nur durch eine minuziöse Vorbereitung Schäden für den betreffenden Staat verhindert werden können.

### b. Die Verhandlungsphase

Die Verhandlungsphase beginnt mit dem sog. „*Screening*“, einem umfassenden Prüfungsverfahren, in welchem der Besitzstand des Beitrittskandidaten geprüft wird.

---

Probleme im Bereich der Steuerbeihilfen, ableiten. Vgl. hierzu die Stellungnahme zu Kapitel 6 i.V.m. der Stellungnahme zur Erfüllung der wirtschaftlichen Kriterien für einen EU-Beitritt, Mitteilung der Kommission - Stellungnahme zum Antrag Kroatiens auf Beitritt zur Europäischen Union KOM/2004/0257.

58 Entsprechend Art 49. Abs. 1. EUV.

59 Vgl. Mitteilung der Kommission - Stellungnahme zum Antrag Kroatiens auf Beitritt zur Europäischen Union KOM/2004/0257.

60 Vgl. Art. 72., Art 8 SAA-Serbien sowie Art. 69, Art. 5 Interimsabkommen-Kroatien in denen von einer „*stufenweisen Anpassung*“ und einem „*Anpassungszeitraum von 6 Jahren*“ gesprochen wird.

61 Noch deutlicher als im Interimsabkommen-Kroatien (Art. 90) ist diese Intention in Art 100 Interimsabkommen-Serbien erkennbar, in welchem explizit darauf hingewiesen wird, dass im Bereich des Steuerrechts nur „*Vorbereitungsmaßnahmen für eine zukünftige Steuerreform*“ getroffen werden sollen.

Zu Beginn wird der Beitrittskandidat umfassend über den aktuellen Besitzstand informiert<sup>62</sup>. Der Besitzstand wird in insgesamt 35 Kapitel unterteilt, welche einzeln begutachtet werden. Dabei werden beihilferechtliche Fragen im Kapitel Wettbewerb und steuerrechtliche Fragen im Kapitel Steuern behandelt. Beihilfen in Form von Steuerregelungen werden hauptsächlich in ihrer Funktion als Beihilfen betrachtet<sup>63</sup>.

Eine besondere Schwierigkeit für Beitrittskandidaten stellt die fehlende Rechtsangleichung im Bereich der Direktbesteuerung auf EU-Ebene und das daraus resultierende Fehlen eines europaweiten Vergleichsmodells für ein europarechtkonformes Steuersystem dar. Folglich muss jede Anpassung des Steuerrechts in ihren zahlreichen Wirkungen und der daraus folgenden Konformität mit der *acquis communautaire* betrachtet werden, was ein nahezu unüberwindbares Problem für den Beitrittskandidaten darstellt. Diesem Problem kann durch die UntSMit<sup>64</sup> auch nur teilweise entgegengewirkt werden<sup>65</sup>.

### *c. Die Abschlussphase*

Die Abschlussphase beginnt damit, dass die Kommission auf Aufforderung des Rates eine Stellungnahme zum Beitritt des Kandidaten erstellt. Der Rat ist nach Art 49. Abs. 1. ebenso wie in der Einleitungsphase nicht an die Stellungnahme gebunden. Anschließend entscheiden das Europäische Parlament und der Rat über den Beitritt.

### *d. Der Beitrittsvertrag*

Der Beitrittsvertrag ist das Ergebnis der Beitrittsverhandlungen und beinhaltet neben dem Willen der Parteien, dass der Beitrittskandidat ein Mitglied der EU wird, auch alle vereinbarten Übergangsregelungen<sup>66</sup>, welche es zum Ziel haben, sowohl dem neuen Mitgliedsstaat den Eintritt in die Europäische Union zu erleichtern als auch die bereits bestehenden Mitgliedsstaaten vor besonders drastischen Veränderungen zu schützen<sup>67</sup>. Nach dem EU-Beitritt des Staates stellt der Beitrittsvertrag Primärrecht dar. Dies ist insbesondere deswegen bedeutend, da der Beitrittsvertrag zahlreiche Normen zur Systematisierung von Beihilfen enthält<sup>68</sup>,

62 Vgl. „Screening“ in *Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union

63 Vgl. z.B. Kapitel VIII 2008/119/EG: Beschluss des Rates vom 12. Februar 2008 über die Grundsätze, Prioritäten und Bedingungen der Beitrittspartnerschaft mit Kroatien und zur Aufhebung des Beschlusses 2006/145/EG ABl. Nr. L 042 vom 16/02/2008 S. 0051 - 0062

64 Mitteilung der Kommission vom 11.11.1998 über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung, ABl. (EG) Nr. C (1998) 384, 3.

65 So sind auch die in der Mitteilung beschriebenen Fallkonstellationen lediglich als Beispiele zu sehen, wodurch die Mitteilung lediglich als Hilfsmittel, nicht jedoch als (Negativ-) Beispiel dienen kann. Vgl. dazu Rn. 5 ff. BdKUBst.

66 Vgl. *Haratsch*: Europarecht Rn. 103; *Oppermann*: Europarecht Rn. 23,24.

67 Vgl. *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union Rn. 53,54.

68 Näheres dazu, siehe B III.



welche aufgrund ihres primärrechtlichen Charakters Vorrang vor der Verfo und, nach dem *lex specialis* Grundsatz, auch Vorrang vor den Vorschriften des EUV und AEUV haben.

Im Vertrag selbst ist zwar ein eigenes Kapitel dem Steuerrecht gewidmet, dieses regelt aber nur Fragen der indirekten Steuern und der Doppelbesteuerung<sup>69</sup>. Die für das Steuerbeihilfenrecht bedeutsamen Bestimmungen finden sich hauptsächlich nur mittelbar im Vertrag; Neben den steuerbeihilferechtlichen Sonderregelungen, die sich im Zusatz zu Anhang IV befinden<sup>70</sup>, sind die meisten anderen relevanten Regelungen mit der bisherigen Arbeit der Agentur für Wettbewerbsschutz verbunden<sup>71,72</sup>.

## **2. Die nationale Beihilfesaufsicht während des Beitrittsverfahrens**

Bereits im Interimsabkommen und dem SAA war die Gründung einer nationalen juristischen Person mit der Aufgabe der Wettbewerbsschutz vorgesehen<sup>73</sup>. Dies hatte für die Verhandlungen vor allem zwei Vorteile: einerseits wurde der Kommission durch die Arbeit der Institution die Einsicht in die nationalen Beihilfemaßnahmen erleichtert, und andererseits wurden kleinere Konflikte auf die Ebene "nationale Institution-nationaler Gesetzgeber" verschoben.

### *a. Rechtsgrundlage und Umfang der Prüfung*

Die Beihilfeprüfungsverfahren auf nationaler Ebene wurden durch das Gesetz über staatliche Beihilfen (GSB) geregelt. Dieses Gesetz konkretisierte unter anderem den Begriff der staatlichen Beihilfe für das nationale Rechtssystem. Hierbei nahm das Gesetz auch direkt Bezug auf die völkerrechtlichen Abkommen, die Kroatien im Bereich Wettbewerb geschlossen hatte<sup>74</sup>. Somit wurde mittelbar über das GSB und das SAA auch auf die EU-Beihilfevorschriften verwiesen<sup>75</sup>. Dieser Verweis beschränkte sich jedoch lediglich auf die Auslegung des SAA. Eine direkte Anwendung des Wortlautes der Vorschriften des AEUV war bereits dadurch ausgeschlossen, dass sowohl das GSB als auch das SAA den Umfang und Inhalt des Beihilfebegriffs definierten, wobei sie teilweise auch von dem

69 Vgl. Anhang III Kapitel 6, Zusatz V, Kapitel 8, Beitrittsvertrag-Kroatien .

70 Z.B. das Gesetz über freie Handelszonen - Zakon o slobodnim zonama (NN 44/96,92/05 i 85/08).

71 Siehe B III 2. Fn.100 dieser Arbeit

72 Der Beitrittsvertrag mit Kroatien ist in diesem Bereich weitgehend dem Beitrittsvertrag der EU-Erweiterung aus dem Jahre 2003 nachempfunden Vgl. Art. 2 Anhang IV Teil 3 Beitrittsvertrag-2003.

73 Vgl. Art. 70 Abs. 4 SAA-Kroatien.

74 Näheres zu der Entstehungsgeschichte des Gesetzes: *Liszt: Državne potpore i europske integracije* : iskustva za Hrvatsku S 104,105 , 107 ff.

75 Vgl. § 3 und § 4. GSB i.V.m. Art. 70. Abs. 2. SAA-Kroatien.

Wortlaut der Vorschriften des AEUV abwichen<sup>76</sup>. Von der Lösung einiger früherer Beitrittskandidaten, einen Beispielkatalog möglicher Beihilfemaßnahmen einzuführen<sup>77</sup> oder für bestimmte Begriffe eine Legaldefinition vorzusehen, die europarechtlich nicht gegeben ist<sup>78</sup>, wurde abgesehen. Neben dem Begriff der Beihilfe regelte das GSB auch Umfang und Art der Prüfungsverfahren sowie die Kompetenzen der Agentur für Wettbewerbsschutz.

#### *b. Die Agentur für Wettbewerbsschutz*

Die Agentur für Wettbewerbsschutz ist eine eigenständige und unabhängige Institution, die es zum Ziel hat, den Wettbewerb vor rechtswidrigen Eingriffen zu schützen. Die Aufgaben der Agentur im Bereich der Beihilfenaufsicht des nationalen Rechtssystems war bis zum EU-Beitritt Kroatiens mit denen der Kommission auf europäischer Ebene vergleichbar<sup>79</sup>. Zu den Aufgaben der Agentur gehörten somit auch die Prüfung von staatlichen Maßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem nationalen Beihilfenrecht und den bindenden völkerrechtlichen Abkommen (Interimsabkommen, SAA,...)<sup>80</sup>.

Die Agentur ist trotz ihrer unabhängigen Stellung als eine nationale Institution anzusehen, wodurch ihre Entscheidungen unmittelbar auch nur auf nationaler Ebene Wirkung entfaltet. Erst durch die Zusammenarbeit mit der Kommission erhielt die Arbeit der Agentur auch eine europarechtliche Dimension. Während der Verhandlungsphase hatte die Agentur eine weitgehende Informationspflicht gegenüber dem kroatischen Parlament, der Öffentlichkeit<sup>81</sup> und der Kommission<sup>82</sup>. Äußerte sich die Kommission negativ über eine Entscheidung der Agentur, so hatte dies außer möglichen direkten Folgen für die Beitrittsverhandlungen auch wesentliche europarechtliche Folgen für die Zukunft; Entscheidungen der Agentur sind nach dem EU Beitritt des Staates nur noch dann von Bedeutung für die Unterteilung in bestehende und neue Beihilfen, sofern von Seiten der Kommission in entsprechendem Aufsichtsverfahren kein Einwand bezüglich einer Entscheidung geäußert war<sup>83</sup>.

76 So wird beispielweise in Art. 70 Abs. 1 Alt. 3 SAA-Kroatien neben dem Begriff des Unternehmens nicht auch der Begriff „Produktionszweig“ verwendet, sondern an seiner Stelle der Begriff „Produkt“ eingeführt.

77 Vgl. hierzu z.B. Art. 2 Abs. 2 Nr. 1-7 Gesetz über Staatliche Beihilfen 2002 – Polen - Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców Dz.U. z 2002 r. Nr 141, poz. 1177, z 2003 r. Nr. 159, poz. 1537, Nr. 188, poz. 1840, Nr. 189, poz. 1850, Nr. 228, poz. 2261.

78 Vgl. hierzu z.B. Art. 7 Gesetz über staatliche Beihilfen 2002 - Polen.

79 Vgl. hierzu § 5 GSB.

80 § 1 Abs. 1 i.V.m. § 4 GSB.

81 Vgl. Art. 6 Lit. h i.V.m. Art. 20, Art. 18 GSB.

82 Art 70 Abs. 5. SAA-Kroatien.

83 Anhang IV Teil 2 Art. 1 Abs. 2 Beitrittsvertrag-Kroatien.

### *c. Die Prüfungsverfahren*

Die Prüfungsverfahren der Agentur ähnelten ihrer Struktur nach denen der Kommission. Unterschiede bestanden allerdings dahingehend, dass für die Prüfung rechtswidriger und missbräuchlich gewährter Beihilfen ein identisches Prüfungsverfahren vorgesehen war und eine klare Trennung zwischen der Prüfung von Gesetzen und sonstigen Maßnahmen vorgenommen wurde.

#### *c.a. Präventive Beihilfenprüfung*

Alle staatlichen Organe sowie Institutionen mit öffentlichen Kompetenzen oder Institutionen, die öffentliche Mittel verwalten, waren dazu verpflichtet, geplante Maßnahmen vorzulegen, die gegen Beihilfevorschriften verstoßen könnten<sup>84</sup>. Zu unterscheiden war zwischen der Vorlage von Gesetzesentwürfen<sup>85</sup> und der Vorlage sonstiger Maßnahmen. Jeder Gesetzesentwurf, der gegen Beihilfevorschriften verstoßen könnte, war der Agentur vor Einleitung des Gesetzgebungsverfahrens vorzulegen<sup>86</sup>. Die Agentur hatte innerhalb von 30 Tagen über die Vereinbarkeit des Gesetzesentwurfes zu entscheiden und ihre Entscheidung dem Kabinett und dem Parlament vorzulegen<sup>87</sup>. Lag eine Negativentscheidung der Agentur vor, konnte das Gesetz nicht erlassen werden<sup>88</sup>. Die Agentur hatte, ähnlich wie die Kommission, die Möglichkeit, Änderungsvorschläge zu machen. Für die Prüfung sonstiger Maßnahmen galten im Grunde ähnliche Vorgaben. Die Prüfungsfrist betrug 90 Tage. Die Maßnahme durfte erst durchgeführt werden, wenn eine Positiventscheidung der Agentur vorlag<sup>89</sup>. Die Agentur konnte Positiventscheidungen in jedem Fall mit Auflagen versehen<sup>90</sup>.

#### *c.b. Fortlaufende Beihilfeprüfung*

Anders als die Kommission hatte die Agentur keine allumfassende Aufsichts- und Prüfungskompetenz bezüglich geltender Beihilfen. Während die Agentur dazu verpflichtet war, alle sonstigen Maßnahmen durchgehend auf ihre Vereinbarkeit mit den Beihilferegelungen zu prüfen und gegebenenfalls einzugreifen, sofern eine Maßnahme nicht (mehr) mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar war, hatte sie bezüglich erlassener Gesetze nur eingeschränkter Kompetenzen.

84 Art. 10 Abs. 1, Art 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GSB.

85 Hierbei bezieht sich der Begriff des Gesetzes auf Gesetze im formellen Sinne i.S.v. Art. 80 Alt. 2 Verfassung-Kroatien.

86 Art. 10 Abs. 1 GSB-Kroatien.

87 Art. 10 Abs. 2 GSB-Kroatien.

88 Art. 10 Abs. 4 GSB-Kroatien.

89 Art. 13 Abs. 1 GSB-Kroatien.

90 Art. 11 Abs. 4, Art 12 Abs. 2 u. Art 10 Abs. 3 GSB-Kroatien.

*c.b.a. Die Prüfung von formell rechtswidrigen und missbräuchlich angewandten Beihilfen*

Sonstige Maßnahmen, die formell rechtswidrig erlassen wurden, sowie Gesetze und sonstige Maßnahmen, die missbräuchlich angewandt wurden, unterlagen der Prüfung durch die Agentur, welche das Recht hatte, dem staatlichen Organ eine umfassende Pflicht zur Rückführung der Beihilfen aufzuerlegen<sup>91</sup>. Die Agentur hatte jedoch auch die Möglichkeit, diese Beihilfen nachträglich für rechtmäßig zu erklären, sofern sie zu dem Schluss kam, dass die betreffende Maßnahme den Vorgaben des Beihilferechts entsprach oder unter Auflagen entsprechen könnte, bzw. die Genehmigung aufgrund besonderer Umstände vorteilhaft wäre<sup>92</sup>. Gerade in diesem Punkt wird offensichtlich, dass die Agentur als nationale Institution dazu berechtigt war, einen mildereren Rückforderungskurs zu verfolgen. Dass sie davon auch Gebrauch machte, lässt sich leicht aus den Jahresberichten der Agentur erkennen. Die Rückforderungsanordnungen der Agentur waren meistens damit verbunden, dass eine nachträgliche Anpassung der Maßnahme bzw. eine Verbesserung des Fehlverhaltens des Beihilfeempfängers aufgrund von absoluter Unmöglichkeit (Insolvenz) nicht in Frage kommen konnte<sup>93</sup>.

Gesetze, die Beihilferegelungen enthielten und ohne das vorherige Einverständnis der Agentur erlassen wurden, unterlagen nicht der fortlaufenden Beihilfeprüfung<sup>94</sup>. Es war allerdings vorgesehen, dass solche Gesetze schon als formal nichtig galten<sup>95</sup>. Dies hatte jedoch zur Folge, dass nicht die Agentur, sondern das Verfassungsgericht die Prüfung und Nichtigerklärung vorzunehmen hätte<sup>96</sup>. Bezüglich der Folgen einer Nichtigerklärung ändert sich nichts, da die Nichtigerklärung durch das Verfassungsgericht ebenfalls eine Rückforderung wie im Falle einer Negativentscheidung durch die Agentur nach sich ziehen würde<sup>97</sup>. Dies blieb während des Beitrittsverfahrens jedoch lediglich eine theoretische Erwägung und eine Kontrolle durch die entsprechenden Staatlichen Organe jenseits

91 Art. 14 Abs. 1 GSB-Kroatien.

92 Art. 14 Abs. 2 GSB-Kroatien.

93 Vgl. hierzu S 117, Jahresbericht der Agentur für Wettbewerbsschutz-Kroatien - Godišnje izvješće o radu Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja za 2011. Godinu. Zu finden unter: [http://www.aztn.hr/uploads/documents/tn/godisnja\\_izvjesca/godisnje\\_izvjesce\\_AZTN\\_za\\_2011.pdf](http://www.aztn.hr/uploads/documents/tn/godisnja_izvjesca/godisnje_izvjesce_AZTN_za_2011.pdf) (Stand 14.11.2012).

94 Art. 14 GSB-Kroatien, welcher die Rückforderung von Beihilfen regelt, referiert sich lediglich auf Art. 13, welcher das Verfahren für die in Art. 11 und Art. 12 definierten Beihilfemaßnahmen regelt. Art 10, in welchem die Verfahren für die Prüfung von Gesetzen vorgesehen sind, ist nicht von Art. 14 umfasst.

95 Art. 10 Abs. 4 GSB i.V.m. Art. 70 SAA-Kroatien und Art. 141. Verfassung-Kroatien - Ustav republike Hrvatske NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001 76/2010.

96 Vgl. Art. 129 Abs. 1 Verfassung-Kroatien.

97 Ein vergleichbarer Fall spielte sich erst vor kurzem in Bosnien und Herzegowina ab, wo das Bundesverfassungsgericht einen Gesetzesentwurf für nichtig erklärte, der unter anderem gegen das SAA, aber auch andere Völkerrechtsabkommen verstieß. Siehe dazu: Odluka Ustavnomu suda o dopustivosti i meritumu od 25.09.2009, U-5/09.

der Agentur blieben aus. Eine solche Regelung dürfte wohl lediglich die Folge des Willens des Gesetzgebers gewesen sein, die staatliche Autonomie nicht frühzeitig noch während des Beitrittsverfahrens zu sehr einzuschränken. Sie ist jedoch für Kroatien als äußerst gefährlich zu werten, da bei ihrer Implementierung mögliche Folgen, die durch die Beihilfekategorisierung für Kroatien nach dem EU-Beitritt entstehen könnten, offensichtlich nicht bedacht wurden<sup>98</sup>.

#### *c.b.b. Die Prüfung von bestehenden Beihilferegelungen*

Für alle sonstigen Maßnahmen sowie solche Gesetze, die die vorgeschriebene Prozedur durchlaufen sind galt, dass die Agentur diese durchgehend auf ihre Vereinbarkeit mit den Beihilfevorschriften prüfte. Stellte sie fest, dass eine Maßnahme nicht mehr mit den Beihilfevorschriften vereinbar war, schlug sie zweckdienliche Maßnahmen vor<sup>99</sup>. Lehnte das staatliche Organ die Umsetzung der Maßnahmen ab, konnte die Agentur ein erneutes förmliches Prüfungsverfahren einleiten, wobei eine Negativentscheidung lediglich eine *ex nunc* Wirkung hatte<sup>100</sup>.

### **IV. DER STATUS VON BEIHILFEN, DIE VOR DEM EU-BEITRITT EINGEFÜHRT WURDEN UND AUCH WEITER GELTEN**

Im Kontext dieser Arbeit ist auch der Sonderfall der Einordnung von Beihilfen zu betrachten, die in neuen Mitgliedsstaaten vor deren Beitritt zur EU eingeführt wurden, und welche auch nach dem Beitritt dieser Staaten weiter gelten. Während diesbezüglich früher auf eine analoge Anwendung des Art 1 Abs. b Alt. i VerFO abgestellt wurde, um zu einer allgemeingültigen Lösung zu kommen<sup>101</sup>, ist diese Frage inzwischen dadurch gelöst, dass im Rahmen des Beitrittsverfahrens eine einschlägige Vereinbarung getroffen wird<sup>102</sup>.

#### **1. Die Beihilfekategorisierung durch den Beitrittsvertrag**

Der Beitrittsvertrag-Kroatien definiert mehrere wesentliche Beihilfekategorien. Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen alten und neuen Beihilfen. Da

98 Insbesondere die Tatsache dass eine Entscheidung des Verfassungsgerichts nicht unter IV Teil 2 Art 1 S 1 Nr. c des Beitrittsvertrages fallen kann (Siehe B III 2.Fn.100).

99 Art. 16 Abs. 1 GSB-Kroatien.

100 Art. 16 Abs. 3 GSB-Kroatien.

101 *Koenig/Kühling/Ritter*: EG-Beihilfenrecht S 177 Fn. 707; *Raab*: Das EU-Beihilfenverbot und seine verfahrensrechtlichen Auswirkungen im Steuerrecht S 287.  
Vgl. auch EuG 15.6.2000 Rs. T 298/797 *Alzetta Mauro*, 2000, II-2319, Rn. 142.

102 Vgl. hierzu Sutter in *Mayer* [Hrsg.]: Kommentar zu EU- und EG-Vertrag; *Lang*, Die Auswirkungen des gemeinschaftsrechtlichen Beihilferechts auf das Steuerrecht S 57; *Birkenmaier*: Die Vorgaben der Beihilfevorschriften des EG-Vertrages für die direkte Unternehmensbesteuerung S 233.

die Normen des Europarechts erst ab dem Zeitpunkt des Beitritts für den Anwärterstaat in Kraft treten, würde die klassische Definition von Altbeihilfen für neue Mitgliedsstaaten zu Lasten des Binnenmarktes zu weit ausgedehnt. Somit enthalten alle neueren Beitrittsverträge entsprechende Regelungen, die den Begriff der Altbeihilfen eingrenzen<sup>103</sup>. Im Beitrittsvertrag-Kroatien ist vorgesehen, dass folgende Kategorien als Altbeihilfen gelten: Beihilfen, die vor dem 1.3.2002 vorgefunden wurden, Beihilfen, die im Zusatz zu Anhang IV des Beitrittsvertrages genannt sind sowie Beihilfen, die von der Agentur für Wettbewerbsschutz genehmigt wurden und gegen die die Kommission keinen Einspruch eingelegt hat<sup>104</sup>. Neubehilfen sind alle Beihilfen, die keine bestehenden Beihilfen sind<sup>105</sup>. Sie sind spätestens zum Beitrittszeitpunkt der Kommission vorzulegen, und ihre Anwendung ist bis auf weiteres auszusetzen<sup>106</sup>. Geschieht dies nicht und werden die Beihilfen auch nach dem Zeitpunkt des EU-Beitritts angewandt, so werden sie entsprechend Art. 1 lit. f VerfO zu rechtswidrigen Beihilfen. Fraglich ist unterdessen, ob eine so ausgedehnte Begriffsbestimmung einerseits legitim und andererseits im Einklang mit den einschlägigen Rechtsnormen ist.

## ***2. Die Bedeutung des Verhältnisses zwischen EU und Beitrittskandidat für den verfahrensrechtlichen Status der Beihilfe***

Der 1.3.2002, welcher als Trennlinie zwischen alten und neuen Beihilfen festgesetzt wurde, entspricht dem Datum des Anwendungsbeginns des Interimsabkommens-Kroatien. Da durch das Interimsabkommen erste große Annäherungen zwischen Binnenmarkt und nationalem Markt stattfinden, wird durch eine solche Festsetzung dem Ziel entsprochen, dass der Binnenmarkt gegen Verfälschung durch staatliche Beihilfen zu schützen ist. Dadurch, dass Beihilfen, welche ab dem Tag des Inkrafttretens des Interimsabkommens eingeführt wurden als neue Beihilfen gelten, wird dafür Sorge getragen, dass ein Handeln des Staates, welches in grobem Widerspruch zu den aus dem Interimsabkommen fließenden Pflichten stand, nicht dadurch belohnt wird, dass der Staat im Falle eines EU-Beitritts Vorteile aus dem Beihilfenstatus ziehen kann. Diese Einschränkung stellt somit die logische Folge der Ziele des Beitrittsverfahrens dar.

Fraglich ist jedoch, ob durch eine so allgemeine und umfangreiche Ausweitung des Begriffs der neuen Beihilfen in gewissen Fällen nicht über das Ziel hinausgeschossen wird. Diese Frage stellt sich insbesondere im Verhältnis zu Beihilferegelungen, welche während des gesamten Beihilfepflichtverfahrens weder von der Kommission noch von den Mitgliedsstaaten als solche erkannt wurden und somit unentdeckt auch nach dem EU-Beitritt ohne die nötige Notifizierung weiter angewandt werden. Für diese Beihilfen würden nach dem EU-Beitritt Kroatiens

103 Vgl. z.B. Anhang IV Teil 2 Beitrittsvertrag-Kroatien; Anhang IV Teil 3 Beitrittsvertrag-2003.

104 Anhang IV Teil 2 Art. 1 S 1 Nr. a bis c Beitrittsvertrag-Kroatien.

105 Anhang IV Teil 2 Art. 1 S 2 Beitrittsvertrag-Kroatien.

106 Teil 3 Abschnitt VII Kapitel 1 Nr. 2. Abs. 1.

die Regeln für rechtswidrige Beihilfen gelten<sup>107</sup>. Ob eine solche Ausweitung der rechtswidrigen Beihilfen angemessen ist erscheint fraglich. Da das Beitrittsverfahren selbst vor allem als Hilfestellung für die Beitrittskandidaten gedacht ist<sup>108</sup> wird bereits davon ausgegangen, dass der Beitrittskandidat für eine Anpassung an die hohen Standards der EU Unterstützung benötigt. Dass dies insbesondere im Bereich der Steuerbeihilfen in Kroatien problematisch war, bestätigt selbst die Kommission: *Im Großen und Ganzen ist das Bewusstsein für Beihilferegelungen, die über direkte Unterstützung aus dem Staatshaushalt hinausgehen, und zwar insbesondere für Steuervergünstigungen, in Kroatien allem Anschein nach gering*<sup>109</sup>. Es scheint daher nicht geboten, dieselben Anforderungen, die an einen EU-Mitgliedsstaat gestellt werden, auch an einen sich im Beitrittsprozess befindenden Staat zu stellen.

Allgemein gestaltet sich dieser Bereich problematisch, da sich auf der einen Seite der Beitrittskandidat befindet, der unzureichende Erfahrung mit der Beihilfenproblematik hat, und auf der anderen Seite die Kommission, welche für den Zeitraum des Beitrittsverfahrens auf eine intensive Unterstützung durch den Beitrittskandidaten angewiesen ist. Die vorgesehene Regelung erscheint zumindest im Hinblick auf die Verfahrensökonomie sinnvoll, da es der Kommission nicht zuzumuten ist, fortlaufend alle Rechtsakte des Beitrittskandidaten auf Beihilfesachverhalte zu überprüfen<sup>110</sup>.

Was hingegen schwerer zu rechtfertigen erscheint, ist die Wahl des 1.3.2002 als Stichtag. Zwar ist zu diesem Datum das Interimsabkommen-Kroatien in Kraft getreten, jedoch sahen sowohl das Interimsabkommen als auch das SAA Einschränkungen des Beihilfeverbots vor, welche auf der schwachen wirtschaftlichen Entwicklungen Kroatiens gründeten<sup>111</sup>. Hinzu kommt, dass der Stichtag gut 2 Jahre vor Beginn der Verhandlungen und 3 Jahre vor der Aufnahme der Verhandlungen über Kapitels VI „Wettbewerbspolitik“ liegt. Somit werden die strengeren Regeln für Neubehilfen auch auf Beihilfen ausgedehnt, die vor dem eigentlichen Screening eingeführt wurden, welches es ja gerade zum Ziel hat, Schwächen und Zweifelsfragen des Rechtssystems aufzudecken, um sie anschließend unionsrechtskonform zu gestalten.

Somit erscheint es weitaus angebrachter, dass für Beihilferegelungen, die im Zeitraum zwischen der Unterzeichnung des SAA und dem Screening des

107 Vgl. *Schütterle*: Zur Bestandskraft von Beihilfengenehmigungen der mittel- und osteuropäischen Beitrittsländer nach der Erweiterung der EU, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2003, S 452; *Dias*: Existing State Aid in the acceding countries, *Competition Policy Newsletter* 2004, A 17-18; *Birkenmaier*: Die Vorgaben der Beihilfavorschriften des EGv für die direkte Unternehmensbesteuerung S 233.

108 Vgl. Europäischer Rat Kopenhagen: 21.-22. Juni 1993 - Schlussfolgerungen des Vorsitzes.

109 Siehe Stellungnahme zu Kapitel 6. Wettbewerbspolitik in - Mitteilung der Kommission - Stellungnahme zum Antrag Kroatiens auf Beitritt zur Europäischen Union KOM/2004/0257 ; Vgl. auch *Samardžija* in : *Državne potpore i europske integracije : iskustva za Hrvatsku*.

110 Eine ähnliche Auffassung vertritt auch *Roebeling*: *Competition Policy Newsletter* 2003 S 33 ff.

111 Vgl. Art. 70 Abs. 7 SAA-Kroatien , Art. 35 Abs. 7 Interimsabkommen-Kroatien.

Verhandlungskapitels „Wettbewerb“ entstanden sind, die milderen Regelungen für Altbeihilfen gelten. Unter Umständen könnte gerade für diese frühere Phase des Beitrittsverfahrens das Verhalten der Kommission einen Vertrauenstatbestand begründen, welcher eine weitere Einschränkung des Neubeihilfebegriffs nach Art. 1 Abs. b Alt. v VerfO bewirken würde<sup>112</sup>. Auf jeden Fall muss aufgrund der Übernahme der *acquis communautaire* der EU zumindest in Bezug auf völlig atypische Beihilfen die Bewertung des Art. 1 Abs. b Alt. v zur Anwendung kommen.

### **3. Die Folgen der Beihilfenkategorisierung - Trennung zwischen dem Zeitpunkt wesentlich für die Kategorisierung und dem Kategorisierungszeitpunkt**

Grundsätzlich gilt, dass bestehende Beihilfen bei Feststellung ihrer Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nur für *pro futuro* untersagt werden können, während neue Beihilfen, die unautorisiert gewährt wurden, durch den betreffenden Staat zurückgefordert werden müssen. Dies ist eine Folge der anfänglichen Unvereinbarkeit dieser Maßnahmen mit dem Binnenmarkt. Es stellt sich jedoch die Frage, wie weit die Rückforderung bei Beihilferegulungen gehen kann, die neue Mitgliedsstaaten vor ihrem EU-Beitritt einführen und die auch nach dem Beitritt gelten. Insbesondere im Kontext von Steuerbeihilfen welche oftmals enorme imaginäre Finanzwertübertragungen beinhalten und somit für den Staat besondere Rückforderungsprobleme mit sich bringen drängt sich diese Frage auf. Wie bereits ausgeführt ist es erforderlich, dass eine Beihilfe zu einem gewissen Zeitpunkt sowohl formell als auch materiell rechtswidrig war, damit sie von diesem Zeitpunkt an zurückgefordert werden kann. Um aus diesem Grundgedanken auch den Rückforderungszeitpunkt für Beihilfen, die in der Republik Kroatien auch nach ihrem EU-Beitritt weiter gelten, abzuleiten, ist nun eine Distinktion zwischen zwei Vorgaben des Beitrittsvertrages vorzunehmen.

Die erste Vorgabe besagt, dass Beihilfen, sofern sie nach dem 1.3.2002 eingeführt wurden und später kein Genehmigungsverfahren durchliefen, als neue Beihilfen gelten<sup>113</sup>. Sie diktiert die Kriterien der Beihilfekategorisierung. Würde man nun von dem üblichen Grundsatz der rückwirkenden formellen Rechtswidrigkeit ausgehen, welcher vorgibt, dass die Beihilfe vom Zeitpunkt der Einführung entgegen den Verfahrensvorschriften an formell rechtswidrig ist, so könnte man zu dem Schluss kommen, dass aufgrund der bereits vor dem EU-Beitritt vorliegenden Rechtswidrigkeit eine Rückwirkung auf die Zeit vor dem Beitritt grundsätzlich möglich ist.

Eine solche Kombination der Vorschriften der VerfO mit der klaren Kategorisierungsvorgabe des Beitrittsvertrages könnte auch den Rückwirkungsvorausset-

<sup>112</sup> Zur *Bona fides* im Verhältnis zwischen Kroatien und der EU *Rodin* in Zbr. Prav. Fak. Zg. S 99 ff.

<sup>113</sup> Anhang IV Teil 2 Art. 1 S. 1 Nr. 1-3.



zungen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH<sup>114</sup> grundsätzlich genügen, da die Kategorisierung im Beitrittsvertrag selbst vorgesehen ist und die verfahrensrechtlichen Folgen einer solchen Kategorisierung allgemein bekannt sind. Eine solche Auslegung wird jedoch durch die zweite Vorgabe des Beitrittsvertrages über Beihilfen konsequent ausgeschlossen.

Die zweite Vorgabe des Beitrittsvertrages ist in Anhang IV Teil 2 Art 1 S 2 zu finden und besagt: „*Nach dem Tag des Beitritts weiterhin anzuwendende Maßnahmen, die staatliche Beihilfen darstellen und nicht die vorstehend genannten Voraussetzungen erfüllen, sind zum Tag des Beitritts für die Zwecke der Anwendung von Artikel 108 Absatz 3 AEUV als neue Beihilfen anzusehen.*“ Dem Wortlaut dieser Vorschrift entsprechend werden Beihilferegungen, die auch nach dem EU-Beitritt Kroatiens weiter gelten, von dem Tag des Beitritts an als neue Beihilfen angesehen.

Damit eine Beihilfe formell rechtswidrig ist, müssen drei Kriterien kumulativ erfüllt sein: (i) Sie muss angewandt werden, (ii) ohne vorher im vorgesehenem Prüfungsverfahren genehmigt worden zu sein, und dabei (iii) eine neue Beihilfen darstellen. Da bereits das Kriterium der neuen Beihilfe vor dem EU-Beitritt nicht erfüllt ist, kann eine Beihilfe frühestens vom Zeitpunkt des EU-Beitritts an, für Rechtswidrig erklärt werden. Somit ist die Einschränkung der Rückwirkung der Kategorisierung von Beihilfen nicht etwa wie bisher in der Literatur vertreten eine Frage der Gebotenheit<sup>115</sup>, sondern eine klare Folge des Vorrangs des Primärrechts (Beitrittsvertrag) vor den Sekundärrechtsnormen (VerfO).

Diese Beihilfen sind zwar neue Beihilfen und werden durch ihre Anwendung nach dem EU-Beitritt formell rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit ist jedoch genau wie der Status der neuen Beihilfe auf den Zeitraum nach dem EU-Beitritt beschränkt. Da somit eine Beihilferegung trotz ihrer Identitätswahrung vor und nach dem Beitritt unterschiedlich behandelt wird, stellt diese eine beschränkt formell rechtswidrige Beihilfe dar. Eine solche Einschränkung ist auch sicherlich geboten und entspricht dem Sinn der Ziele des Beitrittsprozesses. Verglichen mit den anderen Eingrenzungen der Rückwirkung sticht sie dennoch durch ihre Tragweite heraus.

### **3. Vertraglich unter Auflagen gewährte Beihilfen**

Beihilfen, die im Beitrittsvertrag unter Auflagen für eine gewisse Übergangsfrist genehmigt wurden, haben eine Sonderstellung. In ihrer Funktion als Primärrecht entzieht sich die Prüfung des Meritums der Vertragsvorschrift an sich der Prüfungscompetenz der Kommission. Allerdings ist die Kommission befugt, alle umgesetzten Beihilfemaßnahmen anhand der Vorschriften des

114 vgl. u. a. Urteile v. 10.2.1982, Rs. C- 21/81 *Bout*, Slg. 1982, 381, Rn. 13, EuGH v. 15.7.1993, Rs. C-34/92, *GruSa Fleisch*, Slg. 1993, I-4147, Rn. 22, EuGH v. 29.1.2002, Rs. C-162/00, *Pokrzepowicz-Meyer*, Slg. 2002, I-1049, Rn. 49, EuGH v. 12.11.2009, Rs. C-441/08, *Elektrownia Pątnów II*, Slg. 2009, I-10799, Rn. 33.

115 So etwa *Schütterle* in *Heidenhain*[Hrsg.]: Handbuch des europäischen Beihilfenrechts Rn. 48

Beitrittsvertrages und im Sinne der Verträge zu messen und gegebenenfalls eine Rückforderungsanordnung aufgrund der Verletzung der vertraglich definierten Sonderregelung an den betreffenden Staat zu stellen<sup>116</sup>.

## V. ERGEBNISSE

Die Beihilfeprüfungsverfahren haben es zum Ziel, den Binnenmarkt vor Verzerrungen durch unangemessene staatliche Interventionen zu schützen. Um diese anspruchsvolle Aufgabe erfüllen zu können, müssen die zuständigen Stellen mit breiten Kompetenzen ausgerüstet sein. Im Verhältnis der Mitgliedsstaaten zur Kommission ist eine konsequente Übertragung der nötigen Kompetenzen klar ersichtlich. So kann die Kommission jede staatliche Maßnahme eigenständig auf ihren Beihilfecharakter prüfen, die Anordnung zur Rückforderung rechtswidriger und missbräuchlich angewandter Beihilfen fordern und Maßnahmen vorsehen, um früher genehmigte Beihilfemaßnahmen abzuändern, sofern diese durch die Weiterentwicklung des Binnenmarktes nicht mehr als vereinbar einzustufen sind.

Der Aufgabenbereich der kroatischen Agentur für Wettbewerb war während des Beitrittsverfahrens zu großem Teil mit dem der Kommission identisch, jedoch wurde der Kompetenzbereich der Agentur in einigen Bereichen eingeschränkt. Die Agentur hatte zwar eine extensive Prüfungskompetenz für alle vorgelegten Gesetzesvorschläge und „Gesetze die als Beihilfemaßnahmen qualifiziert wurden“ sowie alle sonstigen staatlichen Maßnahmen, wurde jedoch bezüglich der Prüfung von Gesetzen eingeschränkt. So hatte die Agentur zwar das Recht, eine zwingende Stellungnahme zu vorgelegten Gesetzesentwürfen zu geben sowie bestehende genehmigte gesetzliche Beihilferegulungen weiterhin auf ihre Vereinbarkeit zu prüfen, sie hatte jedoch keine selbstständige Prüfungskompetenz für Gesetze, die ihr nicht vorgelegt wurden. Ein angemessener sonstiger Schutz war zwar grundsätzlich denkbar, wurde allerdings nie in der Praxis umgesetzt. Ein wesentliches Problem für Kroatien wurde somit weiter verstärkt; gesetzliche Beihilferegulungen, die von staatlichen Organen als solche nicht erkannt und somit auch nicht vorgelegt wurden, wurden keiner Prüfung durch die Agentur unterzogen und können somit auch nicht den Status einer Altbeihilfe nach dem EU Beitritt Kroatiens erlangen.

Gerade die Generalnormen des Steuerrechts, welche oftmals trügerisch eine „Neutralität der Maßnahme“ vermuten lassen, stellen ein besonderes Problem dar. Nicht nur, dass aufgrund der Gesetzesform steuerrechtlicher Normen eine Prüfung durch die Agentur, ob absichtlich oder nicht, vermieden werden konnte, sondern insbesondere die teilweise unübersichtliche Breite der Wirkung von Steuermaßnahmen machen die Bewertung umso schwieriger. Bedenkt man, dass das Beitrittsverfahren Kroatiens über zehn Jahre gedauert hat, und dass die Kommission zwischenzeitlich ein wesentliches Unverständnis Kroatiens bezüglich insbesondere

<sup>116</sup> Näheres dazu *Lübbig*: Beihilfenrecht der EU. Rn. 967 mit Verweis auf Rs. C-254/00, C-270/00 und C-277/00, *Hotel Cipriani/Kommission* Slg. 2008, II-3269.

steuerrechtlicher Beihilfen bemängelte, kann davon ausgegangen werden, dass das kroatische Rechtssystem in zahlreichen Bereichen unangenehme Überraschungen versteckt halten könnte.

Im Falle, dass solche Sachverhalte zum Vorschein kommen, stellt sich die Frage der Rückforderung dieser Maßnahmen. Grundsätzlich ist in Art. 14 Abs. 1 S 1 VerfO vorgesehen, dass rechtswidrige Beihilfen von dem Zeitpunkt der Umsetzung der Maßnahme an zurückverlangt werden. Jedoch ist anschließend in S 2 festgelegt, dass eine Rückforderung nicht gegen einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts verstoßen darf. Sowohl aus dem Vertrauensschutz der Parteien als auch Anhang IV Teil 2 Art 1 S 2 BV-Kroatien ergeht, dass selbst Beihilfen, die als rechtswidrig eingestuft werden, nur in dem Maß einer Rückforderungsaufforderung unterliegen können, in dem sie nach dem Beitritt tatsächlich gewährt wurden. Auch die Tatsache, dass eine Beihilferückforderungsaufforderung keine Sanktion darstellt, sondern nur das Gleichgewicht auf den Binnenmarkt wiederherstellen soll, spricht dafür, dass formell und materiell rechtswidrige Beihilfen nicht schlechter gestellt werden dürfen als notifizierte materiell rechtswidrige Beihilfen. Somit erhalten rechtswidrige Beihilfen, die neue Mitgliedstaaten in die EU mitbringen, *de facto* eine Sonderstellung zwischen genehmigten Beihilfen und rechtswidrigen Beihilfen. Man kann sie somit als „beschränkt formell rechtswidrige Beihilfen“ klassifizieren.

Abschließend kommt man somit zu dem Schluss, dass sich Kroatien seit dem Tag seines EU-Beitrittes einer umfassenden Kontrolle durch die Kommission unterordnen muss, welche die Kontrollkompetenzen der nationalen Agentur in wesentlichen Bereichen übersteigt. Dabei besteht eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass sich das kroatische Rechtssystem in näherer Zukunft schlagartigen Änderungen in bestimmten Teilbereichen ausgesetzt sehen wird. Diese Änderungen werden aufgr- und der primärrechtlichen Vorgaben jedoch nur bedingt rückwirkende Folgen haben können.

## Summary

### **THE STATE AID ASSESSMENT PROCEDURE AND CROATIA'S ACCESSION TO THE EU: THE MEANING OF SUPERVISION AND ENFORCEMENT FOR CROATIAN STATE AID IN THE AREA OF TAX REGULATION**

The Present paper examines the problem of existing State aid in the Republic of Croatia that was retained without permission even after the EU accession. The author compares the test models and consequences for identified state aid emanating from the former Croatian examination procedure, the accession process itself and the now current examination procedures by the EU. The author uses the category of aid through tax regulations that represents a particularly complex area of competition law in order to point out the differences in structure and consequences of each control system and the resulting different levels of protection against market distortions. On the basis of the author's comparative analysis, the main weaknesses of the current system which are responsible for maintaining hidden subsidies even after the EU accession are defined and the institutional responsibility for the existing situation is delineated. In conclusion, the author illustrates the possible consequences of the control of state aid in Croatia by the EU and gives a critical assessment of the risk distribution within this process.

*Key words: State aid, tax, accession process, commission, competition.*

## Zusammenfassung

### **DAS BEIHILFEPRÜFUNGSVERFAHREN UND KROATIENS BEITRITT ZUR EU: BEDEUTUNG DER BESTIMMUNGS- UND RÜCKFORDERUNGSPROZEDUR FÜR KROATISCHE STEUERBEIHILFEN**

Der Vorliegende Beitrag behandelt die Problematik bestehender staatlicher Beihilfen in der Republik Kroatien welche ohne Genehmigung auch nach dem EU- Beitritt beibehalten wurden. Der Autor vergleicht dabei die Prüfungsmodelle und Folgen bei ermittelten staatlichen Beihilfen welche von dem früheren Kroatischen Prüfungsverfahren, dem Beitrittsprozess selbst und dem nun geltenden Prüfungsverfahren durch die EU ausgehen. Der Autor verwendet die Kategorie der Beihilfen im Steuerrecht welche einen besonders komplexen Bereich des Wettbewerbsrechts darstellt, um die Unterschiede in Struktur und Folgen der einzelnen Überwachungssysteme und den daraus folgenden unterschiedlichen

Niveaus des Schutzes vor Verzerrungen darzustellen. Auf der Grundlage der vom Autor durchgeführten vergleichenden Analyse, werden die wesentlichen Schwächen des bisherigen Systems herausgearbeitet die für die Beibehaltung versteckter Beihilfen auch nach dem EU-Beitritt verantwortlich sind sowie die institutionelle Verantwortung für die bestehende Lage definiert. Abschließend stellt der Autor die möglichen Folgen einer Kontrolle der staatlichen Beihilfen in Kroatien durch die EU dar und gibt eine kritische Bewertung der Risikoverteilung innerhalb dieses Prozesses.

**Schlüsselwörter:** *Staatliche Beihilfen, Steuer, Beitrittsverfahren, Kommission, Wettbewerb.*

### Riassunto

## **IL PROCEDIMENTO DI CONTROLLO DEGLI AIUTI DI STATO E L'ACCESSO CROATO ALL'UNIONE EUROPEA: L'IMPORTANZA DEL PROCEDIMENTO DI ACCERTAMENTO E RESTITUZIONE DEGLI AIUTI DI STATO PER IL DIRITTO TRIBUTARIO CROATO**

L'articolo in oggetto tratta della questione degli aiuti di stato esistenti che la Repubblica di Croazia ha introdotto illegittimamente nell'Unione europea sotto l'aspetto delle norme processuali relative alla tutela della concorrenza. Pertanto l'autore compara i modelli di controllo e le conseguenze di accertamento degli aiuti di stato da parte degli organi a ciò preposti nella Repubblica di Croazia prima dell'ingresso nell'UE mediante il procedimento che si applica all'interno dell'UE e con particolari meccanismi all'interno del medesimo processo di accesso. L'autore si serve della categoria degli aiuti di stato nel diritto tributario, quale struttura particolarmente complessa del diritto della concorrenza al fine di porre l'accento sulle diversità nella struttura e sulle conseguenze nei singoli sistemi di controllo e sul livello di tutela della concorrenza. In base a tale analisi comparatistica l'autore accerta le debolezze del precedente sistema che permisero di mantenere occultamente aiuti di stato contrari alla legge nell'ordinamento giuridico della Repubblica di Croazia anche dopo l'ingresso nell'UE ed individua la responsabilità di singoli organi in Croazia e nell'UE per tali circostanze. Infine, l'autore definisce le potenziali conseguenze del controllo degli aiuti di stato in oggetto all'interno dell'UE e osserva criticamente gli orientamenti teorici sino ad ora esistenti come anche le posizioni dell'UE rispetto alle conseguenze per la Repubblica di Croazia.

**Parole chiave:** *aiuti di stato, imposta, processo di adesione, commissione, concorrenza di mercato.*

## HRVATSKE VJERSKE ZAJEDNICE U (PROTU) VEĆINSKOJ PRIZMI SVJETOVNE DRŽAVE

Matija Miloš, mag. iur., asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 322  
Ur.: 5. rujna 2014.  
Pr.: 7. studenog 2014.  
Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*U ovom radu analiziramo jamstva svjetovne države u Ustavu Republike Hrvatske. Ona se sastoje od tri komponente: jednakosti vjerskih zajednica pred zakonom, njihove odvojenosti od države te državne pomoći i zaštite. Ti elementi tvore složenu cjelinu koju obilježavaju većinski i protuvećinski dijelovi. Tako jamstva svjetovne države pokušavaju uključiti demokratsku volju i istodobno ograničiti njen utjecaj, pri čemu u vrijeme pisanja ovog rada prevladava ova prethodna, demokratizirajuća tendencija. Ukazujemo na neke elemente koji potiču takav razvoj događaja, posebno upozoravajući na potrebu za jasnijim povlačenjem granice između većinske i protuvećinske strane svjetovnosti. Našu argumentaciju vežemo za položaj vjerskih zajednica, jer upravo je adekvatno reguliran odnos države s njima temelj svjetovne države.*

**Ključne riječi:** *ustavno pravo, svjetovna država, vjerske zajednice.*

### **1. UVOD\***

Položaj vjerskih zajednica sporadični je predmet pažnje hrvatske pravne znanosti i struke. Radi se o analizama koje ugrubo možemo podvesti pod čitav niz tema. Dok neki autori pružaju preglede pravnog okvira djelovanja religijskih organizacija,<sup>1</sup> drugi se usredotočuju na njegove pojedine dijelove, osvrćući se i na

\* Autor zahvaljuje prof. dr. sc. Siniši Zrinščaku na poticajnim raspravama i komentarima koji su pomogli razvoju ovog rada, kao i izv. prof. dr. sc. Sanji Barić i prof. dr. sc. Branku Smerdelu na podršci i konstruktivnim primjedbama na ranije verzije teksta.

1 Ivanović, M., *Pravni položaj vjerskih zajednica*, Suvremeno poduzetništvo, 2/2003, str. 125-129; Milić, J., *Pravni i činjenični status vjerskih zajednica u Republici Hrvatskoj*, Hrvatska pravna revija, 3/2008, str. 9-15; Ofak, L., Staničić, F., *Registracija vjerskih udruga i vjerskih zajednica u svjetlu Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Vjernici, društva, pokreti: Zbornik radova IV. međunarodnog znanstvenog simpozija crkvenih pravnika u Zagrebu, 29.-30. listopada 2010., Glas Koncila, Zagreb, 2011., str. 217-242.

pitanja njihove ustavnosti.<sup>2</sup> Treći analiziraju njihove vrijednosne dimenzije<sup>3</sup> ili iz teorijske perspektive raspravljaju o ulozi države u odnosu na religiju uopće.<sup>4</sup>

Zajedničko je obilježje raznorodnih pravaca istraživanja dominantan pristup Ustavu Republike Hrvatske. Iako temeljni pravni i najviši politički akt države, on u postojećim radovima poprima gotovo instrumentalnu ulogu. Autori koji se na njega pozivaju u pravilu to čine sumarno ili djelomično.<sup>5</sup> Drugim riječima, u velikoj se mjeri zauzima perspektiva koja propušta pažljivije razložiti ustavne odredbe o odnosu države i religijskih organizacija.<sup>6</sup>

Smatramo da bi za raspravu o pravnom položaju vjerskih zajednica bilo korisno upravo pomaknuti fokus na Ustav. Na taj način možemo zapaziti neke karakteristike hrvatske svjetovne države koje dosadašnje analize nisu zabilježile. Prvenstveno tu mislimo na pitanje autonomije religijskih organizacija i države, ali i ulogu ustavne kategorije „zaštite i pomoći“ koju država pruža vjerskim zajednicama. Osim toga, čini nam se da perspektiva koja kao svoj temeljni predmet pažnje ima Ustav može poslužiti kao korisna početna točka i okvir cjelovitije analize pojedinih aspekata odnosa religije i države. Ona ujedno može pomoći u analiziranju ustavnih odredbi u društvenom okruženju u kojem se njihovo tumačenje formira, što je veza koju postojeća literatura rijetko ističe.

Svrha je našeg rada pružiti upravo takvu perspektivu. Na stranicama koje slijede analiziramo što je to „svjetovna država“ prema Ustavu te koje su njezine temeljne sastavnice i obilježja. U tom smislu utvrđujemo kako je svjetovnost složena ustavna kategorija. Kao prvo, ona se sastoji od tri dijela: jednakosti vjerskih

- 2 Jelčić, B., *Financiranje vjerskih zajednica u Republici Hrvatskoj*, Informator br. 6143, 2013., str. 2-7; Marasović, S., Klarić, M., Balić, A., *Crkveni porez kao oblik financiranja vjerskih zajednica*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 44, 3-4/2007, str. 573-596; Staničić, F., *The Legal Status of Religious Communities in Croatian Law*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 64, 2/2014, 225-254.
- 3 Uzelac, A., *Od liberalizma do katolicizma: neki aspekti pravnih odnosa između crkve i države u Republici Hrvatskoj - novo pravno uređenje braka*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 49, 3-4/1999, str. 341-374; Zec, S., *Pravni temelji prisutnosti i djelovanja Crkve u javnosti u Republici Hrvatskoj*, Riječki teološki časopis, vol. 18, 2/2010, 387-412.
- 4 Padjen, I., *The State's Authority in Religious Rights*, Politička misao, vol. XXXVIII, 5/2001, str. 137-143.
- 5 Tako neki autori ističu jednakost vjerskih zajednica i njihovu odvojenost od države, ali ne određuju se prema ustavnoj odredbi koja predviđa državnu „zaštitu i pomoć“. (Uzelac, A., *op. cit.*) Drugi se pak okreću površnom tumačenju Ustava, zbog čega se stječe dojam da im njegovo slovo služi samo kao potpora već unaprijed predviđenim zaključcima. (Zec, S., *op. cit.*)
- 6 Od opisanog se pristupa odmiče analiza koju je izradio Đorđe Gardašević. (*Sloboda mišljenja, savjesti vjeroispovijedi te sloboda okupljanja i udruživanja: članak 9. i članak 11. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, objavljeno u *Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Radačić, I. (ur.), Centar za mirovne studije, Zagreb, 2011., str. 126-151) Ipak, spomenuti se rad koncentrira na tumačenje ustavnog teksta u svjetlu Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te pretpostavlja da je svjetovnost države moguće u cijelosti izjednačiti s ljudskim pravom. S tim se gledištem ne slažemo, što proizlazi i iz argumentacije koju izlažemo u ovom radu.

zajednica pred zakonom, njihove odvojenosti od države i državne „pomoći i zaštite“ religijskim organizacijama. Drugo, ona je složena jer Ustav koji njene temelje obuhvaća nije jednostavan dokument kojega, u slučaju poteškoća, treba tek malo odlučnije primijeniti.<sup>7</sup> On je temeljni pravni i politički akt, a odredbe o svjetovnoj državi mikrokozmički odražavaju tu njegovu dvojnu narav. One su hibrid većinske i protuvećinske tendencije. Istodobno dopuštaju utjecaj demokratske volje i postavljaju joj važna ograničenja. Tumačenje Ustava može naglasiti jednu ili drugu stranu, pri čemu tvrdimo da se u vrijeme pisanja ovoga rada pretjerano favorizira upravo većinsko tumačenje.

Naravno, tumačenje koje naglašava tu stranu svjetovne države nije proizvod samog teksta, već društvenih čimbenika. To nas samo po sebi ne treba iznenaditi, jer je tumačenje ustava općenito bitno društveni i kulturni proces.<sup>8</sup> Ipak zaključujemo da, usprkos prevlasti većinskoga, treba jasno istaknuti protuvećinska obilježja svjetovne države. U postojećoj se literaturi to razlikovanje između politike i onoga što je treba ograničavati ne vrši na zadovoljavajući način. Umjesto toga, ponegdje se miješa protuvećinska i većinska retorika, te se tvrdi da su političke povlastice pružene pojedinim vjerskim zajednicama zapravo temeljna ustavna prava. Upozoravamo na pogreške u toj logici i ističemo važnost razlikovanja ljudskih prava i politike u ustavnim okvirima svjetovnosti države.

Prije negoli argumentima potkrijepimo naše gore sažete zaključke, vrijedi uložiti riječ dvije o predmetu našeg proučavanja, metodama kojima se služimo i strukturi teksta koji slijedi. Što se predmeta tiče, svjetovnost države široka je kategorija koja se potencijalno može pojaviti u nizu slučajeva, kao što je korištenje vjerskoga simbola ili argumenta u javnom prostoru. U ovom smo je radu konkretizirali pomoću položaja vjerskih zajednica. To smo napravili upravo jer je on neophodan sastojak svjetovnosti u Ustavu Republike Hrvatske. Naime, ustavni tekst propisuje da baš religijske organizacije trebaju biti jednake pred zakonom, odvojene od države i istodobno uživati njenu pomoći i zaštitu. Stoga možemo reći da je određeni odnos državnog aparata prema vjerskim zajednicama konstitutivni dio njegove svjetovnosti. To čini položaj tih organizacija posebno pogodnim za razumijevanje korijena hrvatske svjetovne države.

7 Takvo shvaćanje prvenstveno treba pripisati javnim raspravama o svjetovnosti države, čiji se sudionici u pravilu polariziraju u dva tabora. S jedne su strane oni koji tvrde da trenutni odnosi države i vjerskih zajednica nisu suprotni svjetovnosti države ili da je sama svjetovnost neka vrsta zablude. (*Katolička država*, <<http://bit.ly/1onqPHe>>, Katolik.hr, 28. svibnja 2014., 26. kolovoza 2014.; Stanić, B., *U pitanju je ipak nešto treće*, <<http://bit.ly/1tR1rhv>>, 28. lipnja 2013., 26. kolovoza 2014.) Njima nasuprot stoje oni koji tvrde kako država nije svjetovna, već da to tek mora postati. (Jakić, T., *Hrvatska – vjerska država?*, Novosti.com, <<http://bit.ly/1lcf0bU>>, 24. kolovoza 2013., 26. kolovoza 2014.) Naša namjera nije ulaziti u kvalitetu javnog diskursa u tom pogledu niti u argumente kojima se koristi, iako smo slobodni primijetiti kako je on u svojoj naravi lišen bitnog sadržaja. Pozivajući se na temeljna određenja hrvatskoga pravnog poretka, kao što je odvojenost države i vjerskih zajednica, on istodobno zanemaruje složenost tih istih pravnih rješenja, kao i društvene stvarnosti na koje ih treba primijeniti.

8 Häberle, P., *Ustavna država*, Politička kultura, Zagreb, 2002., str. 34.



U doprinošenju tom pothvatu koristimo se analizom temeljnih normi koje reguliraju položaj vjerskih zajednica, pritom se služeći sistemskom, teleološkom i gramatičkom metodom tumačenja. Poredbenu metodu koristimo u strogo kontroliranom opsegu. To činimo jer je svjetovnost države jedno od onih pitanja čije su varijacije blisko povezane s razvojem pojedinih političkih zajednica. On nije očit iz teksta pravne norme, pogotovo ne iz one posebno apstraktne, ustavne. Zato svaka usporedba u znanstvenim raspravama na tu temu povlači opasnost pojednostavljenja, pri čemu selektivno pozivanje na strano pravo autoru može poslužiti kao ideološka odskočna daska prema osobno bliskim zaključcima.

Ne bismo li u što većoj mjeri odoljeli tim intelektualnim hridima, odlučili smo usporedbu ograničiti na jedan od pravnih poredaka blizak Republici Hrvatskoj, onaj slovenski. Pri tome njegova rješenja ne koristimo normativno, već isključivo za prikaz alternativnih rješenja dvaju pitanja: autonomije religijskih organizacija i mjesta svjetovnosti u ustavnom tekstu. Lavovski dio našeg rada ostaje usredotočen na rješenja hrvatskoga pravnog poretka. Važno je istaknuti kako pri tome u središtu naše pažnje nije iscrpan opis svih propisa koji se dotiču religijskih organizacija. U hrvatskoj pravnoj znanosti i struci već postoje tekstovi koji sadrže takve preglede.<sup>9</sup> Umjesto toga, naša je osnovna namjera upozoriti na osobitosti samoga korijena svjetovne države.

Raspravu kojom postizemo naš cilj podijelili smo u tri dijela. U prvome ističemo pojam vjerske zajednice u hrvatskom pravu i razlažemo zahtjeve koje ustavna „prizma“ svjetovne države postavlja pred njen odnos s državom (1.). U drugom dijelu objašnjavamo zašto smatramo da oni čine pravno stvorenje hibridnog, većinsko-protuvećinskog karaktera te ističemo njegovu trenutno vladajuću interpretaciju (2.). U posljednjem dijelu problematiziramo neke društvene faktore u kojima se takvo tumačenje odvija, želeći time naglasiti uvjetovanost svjetovne države elementima koji nadilaze ustavni tekst (3.).

## **2. HRVATSKE VJERSKE ZAJEDNICE U PRIZMI SVJETOVNE DRŽAVE**

Prizma je u optici „prozirno tijelo prizmatična oblika koje služi za razlaganje svjetlosti u boje spektra“.<sup>10</sup> Ustavna „prizma“ razlaže apstraktnu kategoriju svjetovnosti na tri ponešto konkretnija zahtjeva. Nalazimo ih u članku 41. Ustava. Njime je određeno:

**Sve vjerske zajednice jednake su pred zakonom i odvojene od države.**

Vjerske zajednice slobodne su, u skladu sa zakonom, javno obavljati vjerske obrede, osnivati škole, učilišta, druge zavode, socijalne i dobrotvorne ustanove te upravljati njima, a **u svojoj djelatnosti uživaju zaštitu i pomoć države.**<sup>11</sup> (naglasio autor)

<sup>9</sup> Dobre primjere navodimo u prvoj bilješci ovog rada.

<sup>10</sup> „Prizma“, u Anić, V., Goldstein I., Rječnik stranih riječi, Novi liber, Zagreb, 2004., str. 1052.

<sup>11</sup> Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, broj 56/90, 135/97, 8/98 [pročišćeni tekst],

Sadržaj citiranog članka možemo nazvati odvojenošću vjerskih zajednica i države u širem smislu ili jamstvom svjetovne države. Za našu je raspravu prije svega važno razjasniti što su „vjerske zajednice“ koje ono ističe (2.1.). Zatim razlažemo tri međusobno povezane i ranije naglašene komponente jamstva svjetovne države: jednakost vjerskih zajednica pred zakonom (2.2.), odvojenost u užem smislu (2.3.) te državnu pomoć i zaštitu upućenu vjerskim zajednicama (2.4.).

### **2.1. Pojam vjerske zajednice u hrvatskom pravu**

Već smo u uvodu istaknuli da je određeni odnos države prema vjerskim zajednicama konstitutivni element ustavne svjetovnosti. Iako Ustav zaista postavlja mjerila u tom smislu, ne određuje što su religijske organizacije na koje se ona odnose. U rijetkim stručnim i znanstvenim radovima na ovu temu uobičajeno je eksplicitno ili implicitno poći od pretpostavke da zakonodavac ima ovlast specificirati taj pojam.<sup>12</sup> To je zaista i napravljeno u Zakonu o pravnom položaju vjerskih zajednica.<sup>13</sup> Njegov prvi članak propisuje da je vjerska zajednica organizacija „fizičkih osoba koje ostvaruju slobodu vjeroispovjedi [sic] jednakim javnim obavljanjem vjerskih obreda i drugim očitovanjima svoje vjere“ koja je „upisana u Evidenciju vjerskih zajednica u Republici Hrvatskoj“. Ovime zakonodavac definira ono što možemo nazvati vjerskom zajednicom *de iure*. Naime, za nju nije dovoljno biti skupina osoba koje zajednički iskazuju svoja vjerovanja. Nužno je i da bude upisana u odgovarajući registar.

Međutim, važno je istaknuti kako ne bi bilo ispravno poistovjetiti ovu zakonsku definiciju i ustavnu kategoriju „vjerska zajednica“. U praksi mogu postojati skupine koje faktički jesu vjerske, iako nisu upisane u Registar vjerskih zajednica. One čak ne moraju imati pravnu osobnost. To priznaje i sam zakonodavac, koji propisuje mogućnost postojanja organizacija „s pravnom osobnošću ili bez pravne osobnosti koje su fizičke osobe osnovala radi ostvarivanja svojih vjerskih uvjerenja i slobode vjeroispovjedi“. <sup>14</sup> Takve su *de facto* vjerske zajednice udruge, te se slijedom toga njihov ustroj i djelovanje ravnaju prema Zakonu o udrugama.<sup>15</sup>

Nadalje, postoje i religijske organizacije koje ne spadaju u kategorije zajednica *de iure* ili *de facto*. Tu prvenstveno mislimo na Rimokatoličku Crkvu, čiji su ustroj i položaj uređeni međunarodnim ugovorima koje je Republika Hrvatska sklopila sa

---

113/00, 124/00 [pročišćeni tekst], 28/01, 41/01 [pročišćeni tekst], 55/01 [ispravak], 76/10, 85/10 [pročišćeni tekst]) i Promjena Ustava RH (narodna ustavotvorna inicijativa), NN br. 5/2014 Odluka Ustavnog suda broj SuP-O-1/2014 (u daljnjem tekstu Ustav RH).

12 Ivanović, M., op. cit.; Milić, J., op. cit.; Staničić, op. cit.; Uzelac, op. cit.; Zec, S., op. cit., str. 395.

13 Narodne novine, broj 83/02, 73/13.

14 Vidi članak 7. Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica.

15 Narodne novine, broj 88/01 i 11/02. Hrvatski sabor donio je i novi Zakon o udrugama koji stupa na snagu 1. listopada 2014. godine. Objavljen je u Narodnim novinama broj 74/14 i na isti način regulira pitanja kojih se ovaj rad dotiče. Na njegove ćemo se odredbe pozivati usporedno s onima trenutno važećega zakonskog teksta.

Svetom Stolicom.<sup>16</sup> Zbog toga Crkva nije upisana u Registar vjerskih zajednica, ali isto tako nije niti udruga. Njene su pravne osobe unesene u posebni registar. Iako ju je primjereno zbog toga nazvati vjerskom zajednicom *sui generis*, smatramo da nije ispravno implicirati kako ona uopće nije religijska organizacija u smislu Ustava.<sup>17</sup> Slično tomu, smatramo da se u tumačenju ustavnog teksta pod pojam religijske organizacije mora podvesti i vjerske zajednice *de facto*.

Suprotan bi položaj od nas tražio da prihvatimo kako je vjerska zajednica samo ono što je zakonodavac takvim odredio. Za takav pristup postoji gramatički argument: sâm članak 41. Ustava propisuje da su vjerske zajednice "jednake pred zakonom" i da svoje djelatnosti vrše "u skladu sa zakonom" (podcrtao autor). U konačnici, i Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica navodi da religijske organizacije *de facto* nemaju položaj i prava religijskih organizacija.<sup>18</sup> Iz toga bi slijedilo da je zakonodavac taj koji autonomno određuje značenje pojma „vjerska zajednica“.

Treba ipak istaknuti da se navedena zakonska odredba odnosi na obuhvat samog Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica. Njegov su predmet isključivo religijske organizacije *de iure*, te ne smatramo razboritim niti mogućim proširiti istu logiku na tumačenje jednog ustavnog pojma. U potrazi za pravim shvaćanjem ustavnog teksta jednako tako treba odbaciti i čisto gramatičko tumačenje članka 41. Ustava.

Konkretno govoreći: ako zakonodavac ima ničim ograničenu ovlast definirati vjersku zajednicu te njena prava i obveze, iz nje proizlazi i ovlast praktičkog mijenjanja ustavnih postavki svjetovne države izvan postupka koji je za to propisan. Organizacija koja po zakonodavčevu određenju ne potpada u pojam „vjerska zajednica“ ne bi bila povezana s određenjima odvojenosti u širem smislu. Kada bi to bilo točno, postavke svjetovne države postale bi prvenstveno simbolička deklaracija potpuno podložna volji zakonodavca.

Držimo takav ishod neprihvatljivim, posebno zbog toga što su određenja svjetovnosti ustavne odredbe koje je nužno valorizirati u njihovom kontekstu. Posebno treba uzeti u obzir činjenicu da je jedna od najviših vrednota našeg ustavnopravnog poretka „poštivanje prava čovjeka“.<sup>19</sup> Upravo je zbog toga iznimno važan karakter vjerskih zajednica. Prvo, one su izražaj slobode udruživanja građana, koju jamči članak 43. Ustava, a ne državna tvorevina kojom bi ova mogla slobodno

16 Na snazi su četiri ugovora: Ugovor između Svete Stolice i Republike Hrvatske o suradnji na području odgoja i kulture (Narodne novine - Međunarodni ugovori, broj 2/97); Ugovor između Svete Stolice i Republike Hrvatske o dušebrižništvu katoličkih vjernika, pripadnika oružanih snaga i redarstvenih službi Republike Hrvatske (Narodne novine - Međunarodni ugovori, broj 2/97); Ugovor između Svete Stolice i Republike Hrvatske o pravnim pitanjima (Narodne novine - Međunarodni ugovori, broj 25/97); Ugovor između Svete Stolice i Republike Hrvatske o gospodarskim pitanjima (Narodne novine - Međunarodni ugovori, broj 18/98).

17 Vidi Staničić, op. cit., str. 226.

18 Članak 7(2) Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica.

19 Vidi članak 3. Ustava Republike Hrvatske.

raspolagati.<sup>20</sup> Da tome nije tako, niti Ustav ne bi nastojao ucrtati razgraničenje između njih i države. Drugo bitno obilježje vjerskih zajednica predstavlja njihova bliska veza sa slobodom savjesti i vjeroispovijedi, koju jamči 40. članak Ustava. Naime, vjerska je zajednica po naravi stvari sredstvo ostvarenja upravo tog prava. Potvrđuju to i već citirane zakonske definicije vjerskih zajednica *de iure* i *de facto*, koje izrijeком navode to ljudsko pravo.<sup>21</sup> Nadalje, iako to smatramo notornim, iz sporazuma između Republike Hrvatske i Svete Stolice proizlazi da je i Rimokatolička Crkva u svojoj naravi združena sa slobodom savjesti i vjeroispovijedi.<sup>22</sup>

Zbog korjenite veze vjerskih zajednica sa slobodama udruživanja i savjesti i vjeroispovijedi čini nam se nedvojbenim da se državi ne bi smjelo dopustiti da nekoj zajednici neopravdano oduzme ustavni prefiks „vjerska“ ako je vjernici takvom smatraju. U tom se smislu procjenjivanje je li organizacija vjerska zajednica ili nije treba nadovezati na određivanje je li nešto u pravnom smislu religija.<sup>23</sup> Ako jest, zajednica kojoj je primarna svrha izražavanje iste morala bi biti vjerska po Ustavu Republike Hrvatske. Dakako, to ne znači da se ona istodobno ubraja u kategoriju vjerske zajednice *de iure*, već jednostavno da nije *a priori* isključena iz sfere djelovanja ustavnih jamstava svjetovne države.

Suprotno tumačenje ne bi samo zanemarilo prava pojedinaca koji su uključeni u vjerske zajednice, već bi bilo protivno i naravi Ustava kao instrumenta organizacije vlasti i njenog ograničavanja. On kao jednu od svojih funkcija ima jamčenje ljudskih prava i sloboda.<sup>24</sup> Zbog toga ne može koncipirati odnos vjerskih zajednica i države kao neograničeno carevanje vlastodržca. Shvaćanje ustavnih odredbi o svjetovnosti kao ovlasti države da organizacijama neobuzdano podjeljuje i uskraćuje vjerski karakter utire put upravo takvim rezultatima.

Zaključno možemo utvrditi da je definicija pojma „vjerska zajednica“ u Ustavu Republike Hrvatske slojevita. Ona obuhvaća religijske organizacije *de iure* i *de facto*, kao i one *sui generis* naravi. Pri tome treba uzeti u obzir da dioba

20 Potvrdu tome pruža i praksa Europskog suda za ljudska prava, u kojoj se ističe da nemogućnost registracije vjerske zajednice može dovesti i do kršenja slobode udruživanja (vidi *Scijentološka crkva St. Petersburga i drugi protiv Rusije* (zahtjev br. 47191/06), para 37).

21 Vidi članak 1 i 7 Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica.

22 Na ovom je mjestu dostatno citirati dio 4. članka iz Ugovora između Svete Stolice i Republike Hrvatske o pravnim pitanjima (Narodne novine - Međunarodni ugovori, broj 25/97): „Poštujući **pravo na vjersku slobodu**, Republika Hrvatska priznaje Katoličkoj Crkvi i njezinim zajednicama bilo kojega obreda slobodu vršenja njezina apostolskoga poslanja...“ (naglasio autor).

23 Ustavni sud još nije razvio konkretna mjerila za pravnu definiciju religioznoga. Ipak, u praksi Europskog suda za ljudska prava nalazimo neke značajne smjernice. Dobar uvodni pregled daje Edge, P. W., *Religion and law: An introduction*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2006., str. 53. Vidi i raspravu u Horvat-Vuković, A., *Novi standardi hrvatskoga i europskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva*, objavljeno u: Izgradnja demokratskih i ustavnopravnih institucija Republike Hrvatske u razvojnoj perspektivi (zbornik radova), Smerdel B., Gardašević, Đ. (ur.), Hrvatska udruga za ustavno pravo, 2011., str. 556. Rad izvorno objavljen u Zborniku Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58, 6/2008, str. 1453-1498.

24 Smerdel, B., *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 4.

između vjerskih zajednica *de iure* i onih *de facto* u sebi skriva još jednu razinu.<sup>25</sup> Prvo, udruge se ne moraju registrirati da bi djelovale, moguće je postojanje udruga bez pravne osobnosti.<sup>26</sup> U skladu s time, mogu postojati vjerske zajednice *de facto* koje nemaju pravnu osobnost i one koje istu posjeduju. Drugo, vjerske zajednice *de iure* mogu sklopiti ugovore s državom, što je postupak koji je rudimentarno opisan Zakonom o pravnom položaju vjerskih zajednica.<sup>27</sup> Dakle, postoje vjerske zajednice *de iure* koje su sklopile ugovor s vjerskim zajednicama i one koje to nisu učinile. Osim ako nije drukčije naznačeno, rasprava koja slijedi obuhvaća sve ovdje navedene kategorije.

## 2.2. Jednakost vjerskih zajednica pred zakonom

Ustav Republike Hrvatske propisuje da su vjerske zajednice „jednake pred zakonom“. Iz naše ranije rasprave proizlazi da „vjerska zajednica“ nije monolitan ustavni pojam. Čak i kada bismo tvrdili da je ustavni pojam vjerske zajednice ograničen na organizacije *de iure*, ostaje činjenica da i među njima postoji nejednakost: nisu sve potpisale ugovor s državom. Prema tome, već nam se na prvi pogled čini kako jednakost predstavlja najslabiju kariku svjetovne države.

Zaista, nejednakost se ukazala kao problem u reguliranju položaja vjerskih zajednica. Ona se nije pojavila kao nezavisna poteškoća, već je bila povezana s provedbom drugih dvaju segmenata svjetovne države: odvojenosti u užem smislu te državne pomoći i zaštite. Prethodni slučaj pokazuje veću otvorenost hrvatskoga pravnog sustava ka starijim, stabilnijim i mnogoljudnijim vjerskim zajednicama, koje poglavito spadaju u kategoriju religijskih organizacija *de iure*. Drugi slučaj zahvaća niz uglavnom izvanustavnih povlastica. Njihovim se dodjeljivanjem stvara razlika između vjerskih zajednica *de iure* koje su sklopile ugovor s državom i onih

25 Staničić, F., op. cit., str. 253.

26 Vidi članak 3 i 14(1) Zakona o udrugama iz 2001. godine, odnosno članak 1, 5 i 22(1) novog Zakona.

27 Članak 9(1) Zakona. Za potrebe našeg rada posebno je važno naglasiti da Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica ne uređuje postupak sklapanja tih sporazuma niti precizno utvrđuje njihov sadržaj. Što se postupka tiče, izvršnoj je vlasti prepušteno da sama odlučuje s kojom će zajednicom zaključiti ugovor. Pri tome se ona vodi kriterijima koje je samostalno utvrdila svojim Zaključkom. Njega je donijela 2004. godine i nikada nije objavljen u Narodnim novinama (Zaključak Vlade Republike Hrvatske 070-01/03-03/03, ur. broj: 5030104-04-3 od 23. prosinca 2004.).

Ugovori koje je Vlada do sada sklopila sadržajno su uglavnom usredotočeni na povlastice koja Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica veže uz sklapanje takvih sporazuma, kao što je nastava vjeronauka u javnim školama i koja se bez tih ugovora ne mogu ostvarivati. S obzirom na to da se ugovorne strane time uglavnom drže kontura koje postavlja zakonodavac, može se reći da ponešto apstraktnu kategoriju “pitanja od zajedničkog interesa” o kojima se po Zakonu ugovori imaju sklopiti u praksi bitno definira upravo zakonodavno tijelo. Vidjet ćemo da zbog geneze trenutnog zakona ta lista pitanja svoj korijen ima u odnosu države s konkretnom vjerskom zajednicom. Usprkos svemu tome, formalnopravno nema zapreka da se u ugovorima nađu i pitanja koja zakonodavac nije predvidio.

koje to nisu učinile. U naredna dva dijela raspravljamo oba opisana pojavna oblika nejednakosti vjerskih zajednica u sklopu drugih određenja svjetovne države.

### 2.3. Odvojenost vjerskih zajednica i države u užem smislu

Drugo određenje svjetovne države nalaže odvojenost<sup>28</sup> državnog aparata od vjerskih zajednica. Iz ustavnosudske prakse proizlazi da se ovdje radi o jamstvu autonomije. Temeljni je izvor u tom smislu odluka Ustavnog suda o ustavnosti Uredbe o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva obrane. Njome je osnovan Samostalni odjel za potporu Vojnom ordinarijatu u Republici Hrvatskoj. Njegova je zadaća administrativno pomaganje dužebrižništva Rimokatoličke Crkve u oružanim snagama, sukladno obvezama koje je država preuzela na sebe međunarodnim ugovorima sa Svetom Stolicom. Podnositelj prijedloga za ocjenu ustavnosti tvrdio je kako se time narušava odvojenost vjerskih zajednica od države i njihova jednakost pred zakonom.

Ustavni je sud u odgovoru na opisani prijedlog istaknuo da zbog nenadležnosti ne može ocjenjivati ustavnost međunarodnog ugovora koji je bio krajnja osnova osnivanja Odjela. Ipak, Sud se upustio u ocjenjivanje ustavnosti Uredbe koja je na njegovom temelju donesena. Time je dao naznačiti kako se država pri oživotvorenju svojih obveza što slijede iz sporazuma sa Svetom Stolicom dužna držati ograničenja koja joj postavlja unutarnji pravni poredak.<sup>29</sup> Je li to učinjeno osnivanjem kakvog novog tijela Sud ne ocjenjuje *in abstracto*, već vodeći računa o njegovim konkretnim djelatnostima.<sup>30</sup>

Čini se kako je u svojoj argumentaciji Sud tumačio upravo ono što smo nazvali odvojenošću vjerskih zajednica i države u užem smislu.<sup>31</sup> U tim je okvirima Sud utvrdio kako je osnivanje odjela ustavno iz dva temeljna razloga. Prvo, nije se radilo o državnom tijelu koje ima „ovlasti obavljati vjersku djelatnost“ pa da bi se time miješalo u vjerske poslove.<sup>32</sup> S druge strane, Sud je utvrdio kako nema osnova

28 U pojedinim se radovima, poglavito teološkog usmjerenja, umjesto odvojenosti pojavljuje termin „rastava“ (Zec., S., op. cit., str. 392). Čini nam se da je on neprikladan za opisivanje odnosa vjerskih zajednica i države. On naime daje naznačiti da opstoji neka viša veza između državnog i vjerskog koja nije raskinuta samim time što par više ne živi zajedno. Ta se veza može i ne mora nametnuti kao relevantna. Ona demokratskoj javnosti ne mora biti poznata, jer ta javnost zapaža samo da su religijske organizacije i država nešto odvojeno. Smatramo da korištenje ovakvog termina naglašava nesigurnu narav autonomije koju odvojenost projicira u odnos vjerskih zajednica i državnog aparata. Njome se bavimo u nastavku teksta.

29 U svojoj je kasnijoj praksi Ustavni sud odstupio od ovoga pravila. O tome raspravljamo u dijelu rada koji se odnosi na hibridnu narav svjetovne države u Republici Hrvatskoj (točka 3).

30 Odluka Ustavnog suda u predmetu U-II / 2050 /2012, para 14.

31 Sud se nije podrobnije bavio jednakošću, već se zadovoljio obrazloženjem Vlade. Ona je u svom očitovanju navela da sa svim vjerskim zajednicama uredno pregovara o uređenju tekućih pitanja. Ovakvo površno tretiranje jednakosti treba pripisati prvenstveno izrazito većinskom tumačenju jamstava svjetovne države, koje pretjerani naglasak stavlja na političku volju. Tim se problemom bavimo u sljedećem dijelu rada.

32 Odluka Ustavnog suda u predmetu U-II/2050/2012, para 11.1.

zaključiti da se samim osnivanjem istoga Crkva nedopušteno miješa u državne poslove.<sup>33</sup> Na taj je način Ustavni sud uspostavio odvojenost kao dvosmjernu barijeru. Ona čuva autonomnost vjerske zajednice od presezanja države, ali ima zadatak i spriječiti uplitanje religijskih organizacija u državne poslove.

Konkretne konture autonomije države u odnosu na vjerske zajednice u hrvatskom su pravu još uvijek dvojbene. Izričaj u odluci Ustavnog suda dao bi naslutiti da se religijska organizacija ne smije miješati u državne poslove. Ipak, ostaje činjenica da danas neke vjerske zajednice mogu vršiti funkcije koje se inače vezuju uz državu. Primjerice, pred nekima je od njih moguće sklopiti brak s građanskim učinkom. Iako ustavnosudska praksa i postojeća literatura ne povlače jasnu granicu koju u takvim situacijama vjerske zajednice i država ne smiju prijeći, smatramo da bi do neustavnog zbližavanja nedvojbeno došlo kada bi vjerska zajednica mogla u cijelosti zamijeniti svjetovno pravo svojim; kada bi, drugim riječima, u određenim ili svim pitanjima u potpunosti zamijenila državu.

Nešto više svjetla na ovo pitanje baca Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica, koji definira opseg autonomije religijskih organizacija *de iure*, određujući da one „samostalno i slobodno određuju unutarnju organizaciju; tijela upravljanja, njihovu hijerarhiju i nadležnosti; tijela i osobe koje predstavljaju vjersku zajednicu i njene organizacijske oblike; sadržaj i način očitovanja vjere; održavanje veza sa svojom središnjicom i drugim vjerskim zajednicama; udruživanje s drugim vjerskim zajednicama; i druga pitanja svoga djelovanja u skladu s Ustavom Republike Hrvatske“ (naglasio autor). Prema tome, svako korištenje autonomije vjerske zajednice koje bi bilo protivno Ustavu i na njemu utemeljenom pravnom poretku ne može biti pravno valjano, a potencijalno može biti i povreda autonomije države.<sup>34</sup>

Ovo zakonsko određenje ujedno rasvjetljuje dvojbe autonomije vjerske zajednice u odnosu na državu. Prije svega, već smo vidjeli da se ona odnosi samo na organizacije *de iure*. Zajednice *de facto* i *sui generis* njome nisu obuhvaćene, iz čega izvire ozbiljne ustavnopravne nedoumice. Naime, hrvatsko pravo nejednako distribuira autonomiju između svih kategorija religijskih organizacija. Tako su se vjerske zajednice *de facto* dužne ustrojiti demokratski kako bi se registrirale, jer one su po pravnoj prirodi udruge.<sup>35</sup> Vjerske zajednice *de iure* to ne moraju činiti: njihova im autonomija jamči mogućnost da se ustroje i autoritarno. Naravno, taj se ustroj mora kretati u Ustavom predviđenim okvirima, ali ipak zakonodavac ovdje postavlja šire granice autonomiji nego je to slučaj kod zajednica *de facto*. U konačnici, najšire granice nalazimo u slučaju Rimokatoličke Crkve, čija je

33 Ibid., para 14.

34 Profesor Sajó izražava krajnje granice autonomije vjerske zajednice: „U nedemokratskom poretku međunarodnog prava, ustavna država ne preispituje postojanje i jednakost druge države zbog toga što je ova lišena demokracije. Ipak, država bi kao principijelno pitanje trebala braniti temeljni ustavni poredak svojih građana barem kada je poštivanje ljudskih prava i demokracije nužno kako bi održala svoju demokratsku narav.“ (Sajó, A., *Constitutionalism and Secularism: The Need for Public Reason*, *Cardozo Law Review*, vol. 30, 6/2001, str. 2408.) (naglasak u izvorniku)

35 Vidi članak 6(3) Zakona o udrugama iz 2001. godine, odnosno članak 8. novoga Zakona.

registracija regulirana međunarodnim ugovorima. Zbog toga je njenim pravnim osobama omogućen upis u poseban registar i najširi mogući prostor za usklađivanje njihovog ustroja i djelovanja s normama kanonskog prava.

Takvo različito reguliranje položaja Rimokatoličke Crkve te vjerskih zajednica *de iure* i *de facto* nije problematično samo zbog jasnog suprotstavljanja načelu jednakosti, već i zbog potencijalnog neustavnog narušavanja autonomije nekih vjerskih zajednica, prvenstveno onih koje su se dužne demokratski ustrojiti. Na taj je problem u kontekstu ustavnog prava Republike Slovenije odgovor dalo tamošnje ustavno sudište. Ono je utvrdilo da različito tretiranje religijskih organizacija u pogledu njihova unutarnjeg ustroja dovodi do kršenja autonomije organizacije koja je prisiljena preuzeti pravni oblik udruge.<sup>36</sup> Prema tom bi shvaćanju vjerska zajednica *de facto* morala moći steći pravnu osobnost koja za sobom povlači autonomiju istovjetnu organizacijama *de iure*. Dakle, ona bi morala pridržati slobodu da, primjerice, donošenje svih odluka prepusti samo jednom članu koji je u očima ostalih pripadnika organizacije posebno posvećen ili da imenuje duhovnoga vođu kao doživotnog predsjednika organizacije

U vezi s ovim, za Republiku Hrvatsku još uvijek otvorenim pitanjem, slobodni smo primijetiti kako je trenutno hrvatsko rješenje pokazatelj jasnog privilegiranja stabilnih i dobro raširenih vjerskih uvjerenja. Manjinska se stavljaju na kušnju, što vidimo iz dva načina kako mogu nastati religijske organizacije *de iure*. Prvo, ako se radi o organizaciji koja ispunjava povijesni kriterij, odnosno ako je ona već bila vjerska zajednica *de iure* na dan stupanja Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica na snagu.<sup>37</sup> Ako tome nije tako, nova vjerska zajednica *de iure* može se izroditi samo iz udruge koja ispunjava tri kriterija: vremenski, kvantitativni i kvalitativni.

Vremenski, mora se raditi o organizaciji koja postoji kao registrirana udruga najmanje pet godina.<sup>38</sup> Kvantitativno ona mora imati minimalno 500 vjernika.<sup>39</sup> Konačno, vjerska zajednica mora ispuniti i kvalitativni kriterij, odnosno mora postići određenu koherentnost uvjerenja koja je okupljaju, svojih obreda, kao i svoga djelovanja. Za urednu je registraciju nužno priložiti dokument u kojem dokazuje upravo to.<sup>40</sup>

Vjerske zajednice *de facto* koje opisane uvjete ne ispunjavaju jedino se mogu upustiti u period svojevrsne pravne adolescencije, u obliku udruge. Pri tome treba

36 Odluka Ustavnog suda Republike Slovenije u predmetu U-I-92/07-23, Uradni list Republike Slovenije, št. 46/2010 in OdlUS XIX, 4, para 119.

37 Članak 5(1) Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica.

38 Članak 5(2) Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica

39 Pri tome Zakon ne određuje tko je "vjernik" u slučaju organizacije koja nije vjerska zajednica *de iure*. Pretpostavljamo da se mora raditi o članovima u smislu Zakona o udruagama (vidi članak 4., odnosno članak 12. novoga Zakona). Ipak, držimo da bi moglo biti primjereno usvojiti i fleksibilnije shvaćanje, po kojem bi se kao „vjernik“ moglo priznati i osobu koja sudjeluje u djelovanju vjerske zajednice, ali formalno nije njezin član. Naime, pojedine religijske organizacije možda u svoje članstvo uopće ne ubrajaju laike, što bi država trebala uzeti u obzir.

40 Članak 21(1)(3) Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica.



kvalificirati ocjenu Ustavnog suda Slovenije, kao i nekih autora koji tvrde da pravna osobnost udruge nije pogodna za vjersku zajednicu.<sup>41</sup> Činjenica da se od udruge traži demokratski ustroj ne znači nužno da je članovima zabranjeno vlastitom voljom upravljati njome na način koji je usklađen s njihovom vjerom. Primjerice, ako se smatra da je za pravovaljanost određenih odluka nužno da je izrekne jedna jedina osoba, skupština udruge može svaki puta ono što ona predloži i izglasati. Slično tomu, ako se želi jednu te istu osobu za doživotnog predsjednika, može je se stalno iznova birati na tu funkciju. Zakon o udrugama, naime, ne traži ograničenje reizbora.

U djelovanju vjerske zajednice *de facto*, članovima demokratska procedura stoji na putu kao svojevrсни mehanizam afirmacije vjerovanja. Primjerice, vođa nije nesmjennjiv, već ga treba stalno iznova birati. To traje sve dok zajednica ne preraste u religijsku organizaciju *de iure*. Tada je proces dozrijevanja gotov i ono na što se ranije opetovano pristajalo može se odrediti kao pravilo kojemu više nema mijene. Stoga smatramo da taj, za sada neosporeni mehanizam djelovanja udruge kao vjerske zajednice *de facto*, pokazuje težnju hrvatskoga prava k dodjeljivanju položaja vjerskih zajednica *de iure* samo organizacijama koje se pokažu kao dostatno stabilne i prihvaćene u svojem djelovanju te, posredno, uvjerenjima koja se uspiju dovoljno afirmirati i održati. Ostaje upitno u kojoj je mjeri takav pristup ustavno održiv i s gledišta jednakosti i iz perspektive odvojenosti u užem smislu i autonomije koju jamči te, u konačnici, potrebe zaštite same slobode savjesti i vjeroispovijedi.

#### 2.4. Pružanje državne pomoći i zaštite vjerskim zajednicama

Treći element svjetovne države prema Ustavu Republike Hrvatske jest „pomoć i zaštita“ koju državni aparat treba pružiti vjerskim zajednicama. Radi se o ponešto amorfnoj kategoriji koju Ustavni sud u svojoj praksi nije problematizirao, a i u znanstvenoj je raspravi slabo zastupljena.<sup>42</sup> Njeno značenje možemo promatrati na dvije razine.

Prvo, određenje zaštite i pomoći možemo vidjeti kao uputu zakonodavcu o onome što u odnosu na vjerske zajednice **ne** smije činiti. Naime, ustav ima svoje „poticajne“ i „omeđujuće“ dijelove.<sup>43</sup> Drugim riječima, iako ustavni tekst ne može

41 Vidi Dika M., Ljubišić, S., Medvedović, D., Šprajc, I., *Komentar Zakona o udrugama s obrascima*, B.a.B.e., Zagreb, 2003., str. 31. Autori ne razjašnjavaju svoj prigovor. Ovdje pretpostavljamo da su upućivali upravo na razlike u autonomiji, a ne u pomoći i zaštiti države između zajednica *de iure* i *de facto*, što nije neposredno vezano za vjerske slobode (vidi našu raspravu o trećoj sastavnici svjetovne države, pomoći i zaštiti države, u točki 2.4 ovog rada).

42 Njenog se sadržaja u svojem radu ukratko dotiče Gardašević (Gardašević, Đ., op. cit.).

43 Häberle, op. cit., str. 138. Slično tomu, Andras Sajó navodi kako su ustavi refleksija prošlosti, te predstavljaju odgovor na iskustva koje ona nosi. (Sajó, A., *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Central European University Press, Budapest, 1999., str. 2.) Prilika su za određivanje protiv onoga što ne želimo ponavljati i otvaranje prostora novome.

detaljno predvidjeti sve društvene razvoje i detaljno propisati njihov slijed, on može odrediti prostor za razvoj u političkoj zajednici. Ujedno tom prostoru može postaviti granice koje društvene procese ograđuju od nepoželjnih ishoda.

U skladu s poticajno-omeđujućom funkcijom ustava, možemo reći da odredba o zaštiti i pomoći služi upravo priječenju ranijih pristupa vjerskim zajednicama. Ustav ovdje zakonodavcu nalaže da vjerskim zajednicama ne odmaže i da ih ne napada. Prema tome, zabranjeno bi bilo religijske organizacije zatirati, oduzimati im prava i odvojenost vjerskih zajednica i države pretvoriti u agresivan pristup prema vjerskome.

U prilog ovakvom tumačenju ide i neposredno okruženje „pomoći i zaštite“. Njima prethodi navođenje nekih prava koja vjerske zajednice uživaju. Slovo Ustava određuje da vjerske zajednice mogu „u skladu sa zakonom, javno obavljati vjerske obrede, osnivati škole, učilišta, druge zavode, socijalne i dobrotvorne ustanove te upravljati njima“.<sup>44</sup> Ovim izričajem, čiji prvi dio ističe zakon, ustavotvorac zapravo vjerskim zajednicama ne dodjeljuje nikakvo novo pravo, već reguliranje nabrojanih stavki prepušta zakonodavcu. Ono što ističe, kao što je održavanje obreda, predmetom je drugih ljudskih prava te se zapravo čini kako Ustav ovdje jedino zabranjuje državi da uskrati neku od stavki samo zbog toga što je traži neka vjerska zajednica.<sup>45</sup>

Nadalje, „zaštita i pomoć“ koje ističe ovaj zadnji dio članka 41. upućuju i na otvorenu kategoriju potpora koje država može pružiti vjerskim zajednicama. One nisu regulirane Ustavom, već predstavljaju povlastice pretežno uređene Zakonom o pravnom položaju vjerskih zajednica. Primjeri uključuju građanski učinak vjerskoga braka i održavanje vjeronaučne nastave u javnim školama. Njihov izbor i kriteriji dodjele ovise prvenstveno o političkoj volji te su utuživi samo u ograničenom opsegu.<sup>46</sup> U Republici Hrvatskoj većina tih povlastica ostaje dostupna samo religijskim organizacijama *de iure* s kojima Vlada Republike Hrvatske pristane sklopiti ugovor, što je problematično u vidu ustavnog polazišta jednakosti.

Suprotno našim navodima, neki autori tvrde da se dodjeljivanjem statusa vjerske zajednice *de iure* jamči niz „temeljnih prava koja potpadaju pod vjerske slobode (obavljanje vjerskih obreda), ali i pod druga temeljna ljudska prava (nepovredivost prostorija, obavljanje djelatnosti javnog priopćavanja)“.<sup>47</sup> Tvrde da se ograničavanjem tih prava na vjerske zajednice *de iure* zapravo istodobno sužava sloboda savjesti i vjeroispovijedi.

44 Članak 41(2) Ustava RH.

45 Čini nam se kako se time implicira i dodatni element svjetovnosti države, njena neutralnost u odnosu na vjerska učenja, čemu vrijedi posvetiti poseban rad.

46 Prema trenutnom stajalištu Europskog suda za ljudska prava izraženom u predmetu *Savez crkava "Riječ života" i ostali protiv Hrvatske* (zahtjev br. 7789/08), država je dužna vlastita mjerila za dodjeljivanje takvih povlastica primjenjivati na "jednakoj osnovi za sve vjerske zajednice", uz otvorenost postupka sklapanja ugovora svim zainteresiranim religijskim organizacijama (paragrafi 90-91).

47 Ofak L., Staničić F., op. cit., str. 240.

Međutim, treba istaknuti da nabrojana prava ili ne potpadaju (isključivo) pod slobodu savjesti i vjeroispovijedi, zajamčena su neovisno o statusu vjerske zajednice *de iure* ili uopće nisu temeljna prava. Potonja bi, naime, trebala tvoriti ograničenja državnoj samovolji. Kao ograničenja većinske volje, ona predstavljaju okvire razvoja političke zajednice. „Prava“ koja se pridaje vjerskim zajednicama *de iure* u svojoj su naravi sušta suprotnost tome. Radi se uglavnom o izvanustavnim kategorijama što ovise o političkoj volji izvršne vlasti ili afirmiraju slobodu ugovaranja, ali sama po sebi nisu ograničenje većine. Naprotiv, ona su proizvod većinskoga shvaćanja religije i njenog mjesta u javnom prostoru te ga potvrđuju. U suprotnome ne bi ni bila otvorena samo određenom krugu afirmiranih organizacija. Stoga je njihovo promicanje u određenom rastojanju s logikom temeljnih prava na čiju se nomenklaturu autori pozivaju. Kao potporu našem zaključku dostaje nam uputiti na neke stavke koji se u postojećoj literaturi ističu kao „temeljno pravo“.

Prije svega, može se osnovano zaključiti da je dušebrižništvo koje Zakon regulira pitanje vjerskih sloboda. Međutim, sloboda savjesti i vjeroispovijedi prvenstveno je individualno pravo.<sup>48</sup> Zato o povredi prava na dušebrižništvo možemo govoriti kada se, primjerice, vojniku ili pacijentu neopravdano uskrati adekvatan duhovnik. Smatramo da ono nije povrijeđeno samim time što je pojedinog vjerskoj zajednici uskraćena mogućnost da u okviru javne bolnice ili vojne postrojbe uspostavi kontingent svojih službenika koji onda djeluju u toj službi.<sup>49</sup> Indikativno je što Zakon uopće niti ne dodjeljuje takvu mogućnost, već njeno eventualno uvođenje čini potpuno ovisnim o ugovoru s Vladom Republike Hrvatske. Prema tome, ne možemo govoriti o „temeljnom pravu“ vjerske zajednice.

Slično tome, „djelatnost javnog priopćavanja“ nije temeljno pravo religijske organizacije kojega Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica razrađuje, već se radi o privilegiju koji se uvodi upravo zakonom. Posebno treba istaknuti kako se njegovim člankom 19. ne rješava „obavljanje djelatnosti“, već „pristup sredstvima javnog priopćavanja“, koje ovisi o ugovoru vjerske zajednice *de iure* s odabranim medijem. Sama djelatnost javnog priopćavanja prepuštena je posebnim propisima.

48 Ovdje ne tvrdimo kako sloboda savjesti i vjeroispovijedi uopće nema kolektivne aspekte, koji se prvenstveno podvode pod već problematiziranu autonomiju vjerske zajednice. Međutim, smatramo da je kolektivni aspekt vjerskih sloboda derivativan, odnosno da svoj korijen nalazi u slobodama pojedinca. Vidi Miloš, M., *Separation of Sharia from the State as Accommodation - Effects and Limits*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34, 2/2013, str. 1099; Scolnicov, A., *The Right to Religious Freedom in International Law: Between Group Rights and Individual Rights*, Routledge, New York, 2011., str. 24.

49 Tako je i Europski sud za ljudska prava zaključio da sloboda savjesti i vjeroispovijedi nije povrijeđena ako se dušebrižništvo omogućuje vjerskoj zajednici *de iure* neovisno o nepotpisanom ugovoru (*Savez crkava „Riječ Života“ protiv Hrvatske*, paragraf 68). Iz toga proizlazi da vjerska zajednica nema zajamčeno pravo na određeno institucionalno uređenje dušebrižništva, već joj se jedino mora dopustiti pristup vjernicima. Smatramo da bi u tom smislu bila diskriminacija na osnovi vjeroispovijedi kada bi se pojedincu bez objektivnog opravdanja uskratio pristup duhovniku pa makar se i ne radilo o pripadnicima vjerske zajednice *de iure*. Drugim riječima, držimo da se dušebrižništvo prvenstveno svodi na pravo pojedinog vjernika, za koje pravno svrstavanje pojedine zajednice nije odlučno.

Nadalje, autori ne pokazuju u kojoj se mjeri „nepovredivost prostora“ razlikuje od analognih jamstava privatnosti doma i zakonskih ograničenja koja državu obvezuju pri korištenju sredstava legitimne prisile u pogledu bilo kojeg prostora. Zbog toga daju naslutiti da država može neosnovano uskraćivati neke temeljne slobode vjerskim zajednicama *de facto* i građanima koji se, primjerice, u privatnom domu okupljaju radi molitve. Takvo tumačenje u demokratskoj državi koja Ustavom regulira mogućnost ograničenja ljudskih prava ne može biti točno niti prihvatljivo.

Konačno, primjer za pravo koje nije izraz samo slobode vjeroispovijedi i nije vezano uz vjerske zajednice *de iure* jest sloboda obavljanja vjerskog obreda. Ona je i izražaj slobode javnog prosvjeda i mirnog okupljanja, te kao takva nije samo predmet reguliranja Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica.<sup>50</sup> Ona ujedno potpada pod „druge oblike okupljanja“ koja regulira članak 33. Zakona o javnom okupljanju. Štoviše, uvjeti za prijavu drugog okupljanja i vjerskog obreda u bitnome su istovjetni. Stoga pravo na javno okupljanje u tom smislu uživa i vjerska zajednica *de facto*, pa i skupina koja uopće nije vjerska zajednica. Samim propuštanjem dodjeljivanja položaja religijske organizacije *de iure* ničime se ne utječe na bilo čiju slobodu da javno obavlja vjerske obrede.

Treba istaknuti da ovom našom analizom želimo samo istaknuti da su raspravljane povlastice „nešto dodano“, a ne primarno pitanje temeljnih ljudskih prava i sloboda. Njihova je važnost ipak neupitna, posebno stoga što su dostupne samo vjerskim zajednicama *de iure* i to uglavnom samo njihovom suženom krugu. Naime, država svakako svojim djelovanjem vjerskim zajednicama podjeljuje materijalna prava i utjecaj, a ne djeluje na polju transcendentálnih istina.<sup>51</sup> Usprkos tome, treba imati na umu kako se i takve istine otkrivaju, sukobljavaju, pobjeđuju i gube u nizu tradicija koje vjerske zajednice vrlo opipljivo utjelovljuju. To čine upravo u društvenoj stvarnosti za čije djelovanje materijalni uvjeti nipošto nisu značajni. Stoga i država korištenjem svojih ovlasti u pružanju „zaštite i pomoći“ može oblikovati javni prostor te mjesto i djelovanje religije u njemu.

Dakle, možemo tvrditi da je pravo u slučaju državne „zaštite i pomoći“ „govor koji ohrabruje neka vjerovanja, ali obeshrabruje druga“.<sup>52</sup> Zbog toga bi državno djelovanje i u ovom smislu trebalo biti primjereno nadzirano i ograničeno. U načelu možemo reći da tim mehanizmima vladaju dva utjecaja: demokratski/većinski i protuvećinski. Upravo su oni tema sljedećeg dijela našeg rada, u kojem ćemo istaknuti da dualnost većinske i protuvećinske tendencije dodaje još jednu dimenziju složenosti ustavne svjetovne države. Ujedno ćemo ukazati na njeno prevladavajuće, većinsko tumačenje.

50 Ovdje je relevantan samo članak 10. Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica.

51 Padjen, I., op. cit., str. 143.

52 Sajó, A., *Constitutionalism...*, cit., str. 2425.

### **3. VEĆINSKO TUMAČENJE HIBRIDNE NARAVI SVJETOVNE DRŽAVE**

Promotrimo li nanovo jamstva svjetovne države u cjelini, možemo zapaziti dodatnu dimenziju njihove složenosti. Naime, odredbe članka 41. utemeljene su na dualnosti čije strane povezuje građanstvo. S jedne strane postavljene su vjerske zajednice, u kojima građani djeluju kao službenici ili vjernici. S druge je strane država, koju građani oblikuju prvenstveno predstavničkom, ali i instrumentima izravne demokracije.<sup>53</sup> Ona religijskim organizacijama treba pružiti „pomoć i zaštitu“. Tako je postavljen temelj odnosa između svjetovnog i vjerskog. U toj vezi posreduju pravni standardi jednakosti pred zakonom i odvojenosti vjerskih zajednica od države te s njima povezan niz ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Primjećujemo, dakle, da se tkanje odnosa vjerskih zajednica i države sastoji od većinskih i protuvećinskih elemenata. Jasna je dimenzija demokracije i većinske tendencije u državnoj „pomoći i zaštiti“ religijskim organizacijama, uz opetovano pozivanje na „zakon“ i, samim time, na intervenciju njegova tvorca. Ona bi istovremeno trebala biti ograničena protuvećinskim elementima državnog djelovanja, primarno širokim obuhvatom ustavnog pojma „vjerska zajednica“, jednakošću i odvojenošću u užem smislu, ali i nizom za njih vezanih temeljnih prava. Stoga možemo reći da je jamstvo svjetovne države hibridne naravi: ono je mješavina većinskih i protuvećinskih faktora.

Ovu tvrdnju možemo dodatno potkrijepiti promatranjem svjetovnosti države iz perspektive ljudskih prava. Naime, ustavotvorac je odvojenost u širem smislu jasno postavio u kontekst drugog dijela treće glave Ustava.<sup>54</sup> Taj se segment ustavnog teksta bavi osobnim i političkim pravima. Ona snažno vežu državu pravnom odgovornošću te ih je moguće regulirati samo zakonima koje donese većina svih zastupnika (tzv. organski zakon), kao što propisuje članak 83(2) Ustava. Osim toga, njih je nemoguće delegirati izvršnoj vlasti.<sup>55</sup> Ti elementi naglašavaju protuvećinske tendencije, namećući nešto veća pravna ograničenja državnom djelovanju.

Međutim, nije lako jednoznačno smjestiti odredbe o odnosu vjerskih zajednica i države u tu kategoriju, i to ne samo zato što je teško tvrditi da je jedna od komponenti, odvojenost vjerskih zajednica i države u užem smislu, samostalno ljudsko pravo. Naime, kao što je utvrdio Ustavni sud, karakteristika je osobnih i političkih prava da je njihov sadržaj „određen samim Ustavom i individualiziran zajamčenom pravnom zaštitom na nacionalnoj i međunarodnoj razini”.<sup>56</sup> To s ustavnim određenjima odnosa države i vjerskih zajednica nije u cijelosti slučaj, što proizlazi iz naše ranije rasprave.

53 Članak 1(3) Ustava RH.

54 Miloš, M., *Sloboda isticanja vjerskih simbola u svjetlu odvojenosti vjerskih organizacija i države*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, 1/2011, str. 193.

55 Barić, S., *Zakonodavna delegacija i parlamentarizam u suvremenim europskim državama*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci i Organizator, Zagreb, 2009., str. 139.

56 Odluka Ustavnog suda u predmetima U-I-2566 / 2003, U-I-2692 / 2003, Narodne novine broj 190/03, para 7(6).

Podsjećamo, povlastice koje su povezane s „pomoći i zaštitom“ sadržajno nisu određene Ustavom i uglavnom nisu utužive. Stoga se taj aspekt odnosa države i vjerskih zajednica u Republici Hrvatskoj po svojoj neodređenosti približava gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima. Njih se može regulirati običnim zakonima koji su podložni delegaciji izvršnoj vlasti, te za njihovo ispunjenje država u načelu nije pravno odgovorna, iako ih ne može u cijelosti niti ignorirati.

U tome se, dakle, sastoji hibridan položaj svjetovne države u hrvatskom pravnom poretku. Jednom nogom stoji u logici osobnih i političkih prava i tendencije koja pravom nastoji ograničiti samovolju većine, a drugom u onoj koja je bliža gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima te daje veći prostor upravo volji većine.<sup>57</sup> Svjetovna država istodobno obavlja uloge koje su u određenoj međusobnoj napetosti. S jedne strane služi kao podloga niza osobnih i političkih prava,<sup>58</sup> ali i nekih gospodarskih, socijalnih i kulturnih,<sup>59</sup> te paralelno demokratskoj politici dopušta da u određenoj mjeri oblikuje odnose s religijom.

U praksi se hibridnost članka 41. Ustava koristila na način da se afirmiralo ovu njegovu drugu dimenziju, koja obuhvaća većinsku tendenciju i favorizira demokratsku politiku. Time je zanemarena protuvećinska dimenzija. To nazivamo pretežno političkim, većinskim tumačenjem odnosa vjerskih zajednica i države. Ono je u samom korijenu hrvatskoga pristupa. Tako je Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica donesen običnom većinom zastupnika, a ne natpolovičnom, čime je zakonodavac dao jasno tumačenje njegove pravne naravi, isključivši ga iz kruga organskih zakona.<sup>60</sup> Posljedično tome, pravo nešto slabije ograničava djelovanje

57 Smatramo da bi odredbe o svjetovnoj državi bilo primjerenije učiniti dijelom prve glave Ustava jer, kao što ćemo vidjeti, zahvaćaju čitav niz pitanja koja nadilaze krug vjerskih sloboda i ljudskih prava uopće. Primjere takvog uređenja nalazimo u nizu država, od kojih je nama najbliža Slovenija.

58 Primjerice, u nekim je državama s tradicijom državne crkve kazneno djelo svetogrdja služilo kao ograničenje slobode izražavanja (vidi odluku Europskog suda za ljudska prava u predmetu *Wingrove protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 17419/90).

59 Strah od reakcije vjerske većine služio je uklanjanju kontroverznih umjetničkih djela. Europski sud za ljudska prava o takvoj je situaciji odlučivao i u predmetu *Otto-Preminger-Institut protiv Austrije*, zahtjev br. 13470/87. U Hrvatskoj je poznat slučaj plakata za predstavu *Fine mrtve djevojke*!, povučen zbog pritiska koji su zaobišli sve pravom uređene postupke za ograničavanje nečijeg umjetničkog izričaja. (Duhaček, G., *Gavella povlači plakat za „Fine mrtve djevojke“!*, Tportal.hr, < <http://bit.ly/1qwwUpW> >, 16. siječnja 2013., 26. kolovoza 2014.) Konačno, u odnosu na pravo na rad, u državama koje su pretjerano zbližene s pojedinim vjerskim zajednicama nepoštovanje vjerskih zakona može dovesti do gubitka posla (vidi vrsnu međunarodnopravnu analizu režima koji ostvaruju takvu bliskost s religioznom u Temperman, J., *State-Religion Relationships and Human Rights Law: Towards a Right to Religiously Neutral Governance*, Martinus Nijhof Publishers, Leiden/Boston, 2010.). Ovdje podsjećamo na slučaj djelatnice Hrvatske radiotelevizije koja je otpuštena iz Redakcije religijskog programa zbog toga što se razvela, da bi kasnije bila vraćena na posao odlukom Programskog vijeća HRT-a. (*Skandal: Dobila otkaz na HTV-u jer se razvela*, Jutarnji.hr, < <http://bit.ly/1phUO6> >, 20. ožujka 2003., 26. kolovoza 2014.)

60 Zapisnik dvadeset i treće sjednice Hrvatskog sabora održane 12., 13., 14., 19., 20., 21., 26., 27. i 28. lipnja i 3., 4., 5., 10., 11. i 12. srpnja 2002., posljednji puta otvoreno 12. rujna 2014., putem mrežnih stranica Hrvatskog sabora: <http://bit.ly/1ur24k6>. Saborska baza podataka posljednji je put ažurirana istog dana. Ovdje citirano mjesto nalazi se na stranici 41.

države u odnosu na materiju koju se tim zakonom regulira te se implicira poželjnost većeg upliva političke većine i njenog interesa.

Radi se o tumačenju koje do sada nije bilo pobijano, već je uz to proširivano djelovanjem Ustavnog suda koji u odnosu na njega krajnje restriktivno tumači svoju nadležnost. Primjerice, on je bez zadržke prihvatio zakonodavčevo određenje da izvršna vlast ima ničim ograničenu diskreciju odlučivati s kojom će vjerskom zajednicom *de iure* sklopiti ugovore. Tom je prilikom utvrdio da nije nadležan ocjenjivati ustavnost Zaključka Vlade koji se time bavi i koji služi "provođenju utvrđene politike".<sup>61</sup> Ugovori koji proizađu iz takvog političkog procesa su, kao što je već poznato, jednako tako izvan nadležnosti Ustavnog suda, neovisno o svome sadržaju.<sup>62</sup>

Zabrinjava što se u najnovije vrijeme taj smjer tumačenja dodatno proširio. Tako Ustavni sud drži da nije pozvan ocjenjivati način na koji država oživotvoruje obveze koje je takvim sporazumima na sebe preuzela.<sup>63</sup> U konkretnom se slučaju radilo o nastavniku rimokatoličkog vjeronauka koji je stupio u drugi brak bez da je prvi okončao po kanonskom pravu. Zbog toga je nadležni biskup povukao njegovu ispravu o kanonskom mandatu, bez koje vjeroučitelj nije mogao predavati vjeronauk. Kako škole u kojima je radio nisu za njega mogle pronaći alternativno radno mjesto, izgubio je posao.

Sudu je za utvrđenje da time nije povrijeđeno njegovo pravo na obiteljski život i pravo na rad bilo dostatno utvrditi kako je država ugovorila provedbu vjeronauka u javnim školama, što je nedvojbeno uključivalo i institut kanonskog mandata. Propustio je analizirati pitanje sukladnosti odabranog pristupa s Ustavom i na njemu utemeljenim pravnim poretkom. Na to u svojem izdvojenom mišljenju rječito ukazuje predsjednica Suda, profesorica Omejec. Mi možemo dodati samo da je ovom odlukom Ustavni sud povukao zabrinjavajući potez u odnosu na raniju praksu. Naime, on je ukazao na obvezu postupanja u skladu s ratificiranim međunarodnim ugovorom, što uključuje donošenje adekvatnog zakonodavstva.<sup>64</sup> Međutim, istodobno oklijeva utvrditi analognu obvezu pridržavanja granica unutarnjeg pravnog poretka pri dosljednoj primjeni takvog sporazuma.

Time Sud ujedno postupa na način koji nije u skladu s logikom njegove odluke o ustavnosti postojanja državnog tijela koje administrativno pomaže dušebrižništvo. U tom je predmetu Sud dao naslutiti kako neće prepustiti zakonodavnoj i izvršnoj vlasti neograničen prostor u konkretizaciji odnosa s vjerskim zajednicama. Međutim, u ovom se predmetu takvo ograničenje zanemaruje, zbog čega je odnos države s vjerskim zajednicama prvenstveno političko pitanje i u svom začecu i u ostvarenju u pravnom poretku Republike Hrvatske.

61 Odluka Ustavnog suda u predmetu U-II / 3961 / 2005, para 5.

62 Podsjećamo da do toga dolazi zbog toga što se Ustavni sud oglasio nenadležnim ocjenjivati takve sporazume. Vidi odluke Ustavnog suda u predmetima U-I / 825 / 2001, Narodne novine broj 16/04, U-II / 2885 / 2003.

63 Odluka Ustavnog suda u predmetu U-III / 702 / 2009, Narodne novine broj 69/13, para 10.2.2.

64 Vidi odluku Ustavnog suda u predmetu U-I / 745 / 1999.

Problem je što hipertrofija politike u ovom smislu dovodi do obezvrjeđivanja ili brisanja ustavnih granica državnoj moći. Pretjerana autonomija države koja proizlazi iz takvog pristupa može, paradoksalno, dovesti do značajnog gubljenja državne autonomije na pojedinim područjima ili uspostaviti nadmoć državne politike u drugim pitanjima. Primjer je prvog problema već opisani predmet rimokatoličkog vjeroučitelja, u kojemu je odluka vjerske zajednice dostajala za otkaz u javnoj službi, dok drugi predstavlja ovlast Vlade Republike Hrvatske da samostalno određuje s kojom će zajednicom sklopiti ugovor.

Naravno, protuvećinski pristup ima svoje granice i ne može prekrajati stvarnost. U postojećoj se literaturi uvjerljivo argumentira kako je određeni stupanj demokracije nužan u utvrđivanju mjesta religije u društvu. Radi se o kontroverznim pitanjima koja uključuju raspodjelu javnih resursa i na koja čisto pravni, protuvećinski pristup ne može uvijek dati odgovore.<sup>65</sup> To ipak ne znači da ga je moguće potpuno zaobići. On može i mora položiti razložne granice demokratskoj raspravi i razvoju političke zajednice. Ostaje nam za raspraviti zašto je u hrvatskom kontekstu ta njegova uloga većim dijelom zanemarena. Vidjet ćemo da se radi o pitanjima koja nadilaze okvire odnosa religije i države te se dotiču samoga shvaćanja Ustava i demokracije.

#### **4. DRUŠTVENI POTICAJ POLITIČKOM TUMAČENJU SVJETOVNE DRŽAVE**

Društveni je kontekst ključan za našu temu, jer samim donošenjem ustava ne jamči se njegova provedivost. On mora zaživjeti u praksi, politička ga zajednica treba prihvatiti i svojim djelovanjem popuniti njegove okvire.<sup>66</sup> Raspravljajući taj proces u kontekstu Republike Hrvatske, Branko Smerdel zapaža niz teškoća. Ukratko možemo istaknuti da odnos državnih institucija prema Ustavu karakterizira visok stupanj nerazumijevanja njegovog smisla i karaktera kao najvišeg pravnog i političkog akta države. Ustav se općenito doživljava kao politički pamflet pridržavanje kojega je ostavljeno na volju političkog vodstva. Zanemaruje se izravna primjenjivost njegovih normi te je još uvijek manje ili više rašireno uvjerenje da se ustavni tekst mora prilagođavati politici, dok obratno ne vrijedi ili vrijedi samo u znatno smanjenom opsegu.<sup>67</sup> Ne iznenađuje stoga što i odredbe o svjetovnoj državi bivaju široko shvaćene kao političko pitanje u kojemu protuvećinska dimenzija Ustava ima malen ili nikakav utjecaj.<sup>68</sup>

65 Berger, B. L., *The Virtues of Law in the Politics of Religious Freedom*, Osgoode Law School Legal Studies Research Paper Series 10, br. 5, 2014, dostupno na SSRN.com <<http://bit.ly/1vRvwPj>>, posljednji put posjećeno 26. kolovoza 2014.

66 Kale, E., *Pretpostavke djelotvornosti ustava*, Politička misao, vol. XXIII, 4/1986, str. 58.

67 Smerdel, B., op. cit., str. 507-509.

68 Ova pojava ne zaobilazi niti suvremenu hrvatsku pravnu znanost. Tako Staničić svodi utjecaj jednakosti vjerskih zajednica pred zakonom na obvezu države da izjednači mogućnost stjecanja povlastica koje smo svrstali u „zaštitu i pomoć“. Reducira opseg te obveze na



Pišući o razlozima pretjeranog podređivanja Ustava političkom voluntarizmu, Smerdel ističe kako korijen problema leži u „ponašanju i običajima ljudi“, odnosno, prema Tocquevilleu, „običajima srca i uma“. <sup>69</sup> Tek izmjenama u tom razumijevanju dolazi i do drukčijeg promišljanja pojedinih ustavnih odredbi. <sup>70</sup> Iako takve mijene nisu nešto što možemo umjetno izazivati, svakako možemo pokušati rasvijetliti i shvatiti relevantno stanje „srca i uma“. U tu se svrhu okrećemo prvom efektivnom odjelotvorenju ustavnih odredbi o svjetovnoj državi: sklapanju ugovora sa Svetom Stolicom. Ono sažima neke elemente koji oblikuju društveno shvaćanje svjetovnosti te predstavlja prvo i iznimno važno određenje prema pretežno političkom tumačenju njenih odrednica.

Naime, u vrijeme kada su ugovori sa Svetom Stolicom sklopljeni Republika Hrvatska još nije bila donijela zakonodavstvo kojim bi regulirala položaj vjerskih zajednica u skladu s novim ustavnim tekstom. Na snazi je bio jugoslavenski zakon iz 1978. godine. <sup>71</sup> Zato je tek trebalo praktično protumačiti što svjetovnost u samostalnoj Hrvatskoj znači. Na taj je pothvat veliki upliv imala neposredna prošlost, ali i društvena podloga na koju je ona utjecala.

Prije svega, Republika Hrvatska izašla je iz federacije u kojoj je državna politika zasjenjivala autonomiju građana. Od države se očekivalo da će rješavati sve njihove probleme. Ona tom svojom ulogom nije osiguravala pluralizam niti je u stanovništvu poticala korištenje pravima i slobodama. <sup>72</sup> Slobode udruživanja nije bilo, a vjerske su zajednice iz ideoloških razloga gurane na margine. <sup>73</sup> Ukratko, postojao je drastičan nedostatak adekvatne demokratske kulture, čije posljedice osjećamo i danas. <sup>74</sup> Kao što ističu Matančević i Bežovan, usprkos pozitivno

---

vjerske zajednice *de iure* i Rimokatoličku Crkvu, ne razmatrajući mogućnost smisla ove ustavne sastavnice svjetovne države izvan tog kruga organizacija i povlastica koje ovise o političkoj volji. (Staničić, F., op. cit., str. 252)

69 Smerdel, B., op. cit., str. 505.

70 Häberle, P., op. cit., str. 35.

71 Narodne novine broj 14/78.

72 Bežovan, G., *Civilno društvo*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2005., str. 101, 108.

73 Šalaj, B., *Socijalni kapital*, Fakultet političkih znanosti, Zagreb, 2007., str. 150; Marasović, Š., *Privatnost vjere u samoupravnom društvu*, Crkva u svijetu, vol. 21, 4/1986, str. 386-398.

74 Primjerice, u kontroverzama o referendumu o definiciji braka i trenutnim nastojanjima pojedinih organizacija civilnog društva da ponude drukčije izborno zakonodavstvo zapažamo krajnje ambivalentan i nezreo politički stav niza vladajućih garnitura o potencijalima i opasnostima uključivanja organizacija civilnog društva i građana uopće u procese donošenja odluka. S jedne se strane nerazumno podcjenjivao destruktivni kapacitet volje većine kada se 2000. godine omogućilo i slavilo unošenje loše određenog referenduma narodne inicijative u ustavni tekst. (Smerdel, B., *Neposredno odlučivanje i njegove ustavne granice*, Hrvatska pravna revija, studeni 2010., str. 2) S druge se strane konstruktivni prijedlozi GONG-a o novom izbornom zakonodavstvu dočekuje „na nož“ ili, u najmanju ruku, uz bezbroj ograda. U tom su smislu indikativne izjave predsjednika Hrvatskog sabora Josipa Leke o potencijalnim reformama izbornog zakonodavstva: „Čini mi se vrlo važno da imamo neki konsenzus je li sadašnja razina ostvarenih prava građana, odnosno demokratskih odnosa u hrvatskom društvu zadovoljava njihove potrebe. Je li kočnica razvoja ili potiče razvoj. Ako možemo doći do tog konsenzusa onda je to odlična pretpostavka da ćemo imati dobre rezultate u traženju rješenja“. (*U Saboru održan Okrugli stol GONG-a o izmjenama izbornog zakonodavstva*,

intoniranim strateškim dokumentima odnos države prema građaninu i njegovom angažmanu još je uvijek bremenit nepovjerenjem i težnjom ka potiskivanju onoga što odudara od volje političkog vodstva.<sup>75</sup> U tim okolnostima, koje su u devedesetima bile još izraženije, nije bilo dostatno razvijenog razumijevanja ljudskih prava i drugih elemenata s protuvećinskim potencijalom na koje se država mogla osloniti pri uravnoteženom reguliranju položaja religijskih organizacija.

Prostor koji je taj nedostatak ostavio napučile su drukčije vrednote. Tako je razumno pretpostaviti da je izgradnja samostalne hrvatske države bila obilježena onime što se u literaturi naziva političkim mitom.<sup>76</sup> On je sastojak uspostave političkog poretka i treba osigurati njegov legitimitet, potaknuti građane da vjeruju kako je dobar i prihvatljiv.<sup>77</sup> Tako se u prijelazu sa socijalizma u mnogim državama

- 
- Index.hr, <<http://bit.ly/1pHc7A6>>, 8. srpnja 2014., 26. kolovoza 2014.) Ministar uprave Bauk pak na drugom mjestu izjavljuje da je preferencijalno glasovanje na parlamentarnim izborima općenito populizam te kako nikakve izmjene nisu potrebne, da bi na kraju ipak utvrdio kako bi ga se moglo iskušati u izboru lokalnih predstavničkih tijela. (Duka, Z., *Na izborima za Sabor ipak bez preferencijalnih glasova*, Novolist.hr, <<http://bit.ly/1tch2vn>>, 22. lipnja 2014., 26. kolovoza 2014.) Pustimo li po strani činjenicu da pojam „populizam“ u javnoj raspi postaje smislen otprilike kao i besmrtna mantre „korjenite/strukturne reforme“ i „bolni rezovi“, postavlja se pitanje svrhe iskušavanja čisto populističkog rješenja na bilo kojoj razini. Možda ova izjava više govori o pozadinskom stavu prema lokalnoj i regionalnoj samoupravi nego o bilo čemu drugome. Druga izjava ministra Bauka, kako izborne reforme treba „prepuštiti parlamentarnim strankama“ bez da se Vlada u to upliće, predstavlja i kranski primjer bajkovitog prikazivanja funkcioniranja hrvatskoga parlamentarizma. (Tomičić, T., *Ukidanje županija i rezovi u javnoj upravi – kad će, ne zna se*, Novolist.hr, <<http://bit.ly/1wCS4HN>>, 13. srpnja 2014., 26. kolovoza 2014.)
- 75 Matančević J., Bežovan, G., *Dometi i ključni čimbenici istraživanja civilnog društva u Republici Hrvatskoj temeljem tri vala istraživanja*, Revija za socijalnu politiku, vol. 20, 1/2013, str. 35 i 37. Vidi i Bežovan, G., Zrinščak, S., *Civilno društvo u Hrvatskoj*, Naklada Jesenski i Turk i Hrvatsko sociološko društvo, Zagreb, 2007., str. 175. Na ovom mjestu ne možemo preskočiti niti predsjednika Vlade, Zorana Milanovića, koji je organizacije civilnog društva opisivao kao generatore netransparentnosti i licemjerstva, što podsjeća na retoriku iz 90-ih godina prošlog stoljeća. (Milanović treba imenovati udruge koje ne posluju transparentno, Poslovni.hr, <<http://bit.ly/1phtPed>>, 24. rujna 2013., 26. kolovoza 2014.; Marić, J., *Milanović napao prosvjednike: Licemjerni su, neka kažu onda da ne žele novac za svoje udruge*, Novolist.hr, <<http://bit.ly/1AU10K5>>, 13. ožujka 2013., 26. kolovoza 2014.) Zanimljiv je obrat što se tada mladica civilnog društva zamjeralo primanje strane pomoći, dok današnje vodstvo za pružanje (oskudne) novčane potpore države od tog sektora očekuje bespogovornu lojalnost. Čini se da je ideja vodilja još uvijek neprekinuta: civilno je društvo skup nedozrelih aktera koji ne predstavljaju izraz sloboda građana, već se radi o najamničkom miljeu koji djeluje za boljeg ponuditelja.
- 76 Na polju religije njegov utjecaj istražuje Gunn, J. T., *Managing Religion through Founding Myths and Perceived Identities*, u *La nouvelle question religieuse: Régulation ou ingérence de l'État / The New religious Question: State Regulation or State Interference?* (ur. Coté, P., Gunn, T.), P.I.E. – Peter Lang, Brussels, 2006., 33-48. Kao jedan relevantan faktor u hrvatskom kontekstu zavodi ga i Zrinščak. (Zrinščak, S., *Church, State and Society in Post-Communist Europe*, u *Religion and the State: A Comparative Sociology* (Barbalet, J., Possamai, A., Turner, B., ur.), Anthem Press, London, 2011., 157-182.)
- 77 Cipek, T., *Funkcija političkog mita: o koristi mitskog za demokraciju*, *Anali Hrvatskog politološkog društva*, vol. 9, 1/2013, str. 7-18. Kao što mu i samo ime govori, politički mit ne

demokraciju prikazivalo kao pojavu s gotovo magičnim svojstvima, čime se nastojalo olakšati promjenu režima.<sup>78</sup> U Hrvatskoj se taj aperitiv demokracije javlja u izjednačavanju osamostaljenja s ostvarenjem tisućljetnog sna o vlastitoj državi i demokraciji. Pri tome se demokraciju shvaća kao nesputanu vladavinu donedavno potlačene većine.<sup>79</sup> Uzmemo li takvu podlogu kao naše polazište, postaje jasno zašto društvena klima nije bila poticajna za protuvećinske elemente svjetovne države.

Poticanje većinskog i poricanje protuvećinskog shvaćanja ustavnih određenja svjetovnosti dodatno pokreće i oživljavanje do tada potiskivanih društvenih aktera i vrijednosti.<sup>80</sup> U našim se uvjetima u toj ulozi pojavljuje i Rimokatolička Crkva. Ona se snažno vezuje uz nacionalno pitanje te se od hrvatskoga osamostaljenja intenzivno zalaže za reguliranje vlastitog položaja, pri tome gubeći iz vida nužnost izgradnje prostora slobode uopće.<sup>81</sup> Razumno je pretpostaviti da su protuvećinski čimbenici dodatno izgubili na težini upravo zbog političke težine te značaja poruke Crkve za većinu stanovništva i prirodne težnje vladajućih da toj većini udovolje.<sup>82</sup>

Sažmemo li do sada iznesene elemente, možemo zaključiti da su u vrijeme prvoga cjelovitijeg određivanja pravnog okvira djelovanja vjerskih zajednica djelovala dva utjecaja. Prvo, država nenaviknuta za promicanje i zaštitu ljudskih prava te pluralizma. Drugo, društvena podloga koja je svojom privlačnom silom djelovala u korist većinskog elementa. U takvim je okolnostima logično da prvo tumačenje jamstava svjetovne države nije bilo donošenje zakona kojim bi se sveobuhvatnije regulirao položaj vjerskih zajednica, već sklapanje ugovora samo s jednom takvom organizacijom, Rimokatoličkom Crkvom.<sup>83</sup> Time je zanemaren

---

predstavlja stvarnost sasvim objektivno, već je na određeni način redovito izvrće. (Xiberras, Martine, *Politička mitologija i kolektivne identifikacije*, u *Politički mitovi* (ur. Monneyron, Frédéric, Antigone, Mouchtouris), TIM Press, Zagreb, 2012., str. 17.)

78 Čipek, T., op. cit., str. 12.

79 Podsjećamo na sljedeću izjavu predsjednika Tuđmana: „Imamo svoju Hrvatsku, naša je i bit će onakva kakvi sami želimo i nećemo nikome dopuštati sa strane da nam propisuje kakva ta Hrvatska treba da bude“ (iz govora na Trgu bana Jelačića, prema *Wikicitati: Franjo Tuđman*, Hr.wikiquotes.org., <<http://bit.ly/1rAbTgz>>, 19. kolovoza 2014., 26. kolovoza 2014.)

80 Sajó ističe da na formiranje institucija demokracija proizašlih iz socijalizma snažno utječu struje koje se pozivaju na stare narodne tradicije i duboku vezu s njima. (Sajó. A., *Constitutional Enthusiasm Towards Network Constitutionalism?*, u *Constitution Without the Constitutional Moment: A Look from the New Member States* (ur. Weiler, J. H. H., Eisgruber, Christopher, L.), *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper 5/04, dostupno na <<http://bit.ly/1tDe2GR>>, posljednji put posjećeno 26. kolovoza 2014., str. 6.)

81 Bobinac, A., Goldberger, G., *Glas Koncila – Poslanje ili tek ime: analiza komentara u razdoblju društvene tranzicije*, Sociologija i prostor, vol. 45, 3-4/2007, str. 274, 283; Zec, S., op. cit., str. 395.

82 Kao što ističe Katunarić, „Moderni politički poredak ne održava se, stoga, ponajprije silom, nego uvjerenjima. Bitan dio uvjerenja tiče se banaliziranja kulture, tj. pozivanja na običaje i vjerovanja većine“. (Katunarić, V., *Tri lica kulture*, Društvena istraživanja, vol. 5, 5-6/1996, str. 834.)

83 Dakako, treba imati u vidu i međunarodnopravni subjektivitet i utjecaj Svete Stolice, koji je sasvim sigurno odigrao ulogu u naglašavanju položaja Rimokatoličke crkve.

utjecaj protuvećinskih elemenata, te je odnosom države prema vjerskim zajednicama puno snažnije ovladao podustavni dogovor nekih aktera.

Spomenuti sporazum, u zbilji utemeljen na nizu međunarodnih ugovora, nastavlja potencirati političko tumačenje svjetovne države. S jedne strane, naglašava pogodnosti upravljene na jednu vjersku zajednicu te time određuje ton rasprave o položaju religijskih organizacija uopće. Umjesto oživotvorenja vjerskih sloboda, ključno pitanje postaje podizanje drugih religijskih organizacija na razinu Rimokatoličke Crkve u pogledu ustupaka koje ova prima. Tako se kasnije doneseni Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica poglavito usredotočuje upravo na takve povlastice. Kao temelj njihovog uređenja uzima uspješnost održanja uvjerenja u povijesnim prilikama i društvenom pluralizmu, a ne slobodu pojedinca i pravo građana da vjeruju i svoja vjerovanja iskazuju. Drugim riječima, najvažnijom postaje društvena i politička „težina“ zajednice. O tome dovoljno rječito govori i mehanizam sklapanja ugovora s vjerskim zajednicama, koji ostavlja pretjeranu diskreciju izvršnoj vlasti.<sup>84</sup>

84 Ovdje ukratko razlažemo i komentiramo kriterije po kojima je Vlada Republike Hrvatske odlučivala s kojim će vjerskim zajednicama sklopiti ugovore. Radi se o dva alternativna mjerila. Prvo, vjerska zajednica morala je djelovati „na području Republike Hrvatske na dan 6. travnja 1941. godine“ te nastaviti „svoje djelovanje u kontinuitetu i pravnoj slijednosti“. Osim toga, morala je imati najmanje šest tisuća vjernika, što se utvrđivalo po zadnjem popisu stanovništva. Alternativno, Vlada je otvorila mogućnost sklapanja ugovora i s „povijesnom vjerskom zajednicom europskog kulturnog kruga“, koje se izričito nabraja: „Katolička crkva, Pravoslavna crkva, Evangelička crkva u Republici Hrvatskoj, Reformirana kršćanska crkva u Hrvatskoj, Islamska zajednica u Hrvatskoj, Židovska zajednica u Republici Hrvatskoj“ (kriteriji prema odluci Ustavnog suda u predmetu U-II – 3961 / 2005, paragraf 2). Za zajednice u toj skupini prvi kriterij uopće nije bitan. Raskol u bilo kojoj od njih koji bi doveo do nastanka novih organizacija ne bi spriječio Vladu da već sljedeći dan sklopi ugovor s novim zajednicama, ukoliko je to voljna učiniti. To, naravno, pod uvjetom da se nova zajednica uopće može smatrati organizacijom *de iure*. Naime, iz odredbi Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica proizlazi da bi organizacija koja se izdvaja iz jedne vjerske zajednice *de iure* trebala biti tretirana kao da je tek nastala, poput religijske organizacije *de facto*. Smatramo da bi ona morala imati položaj takve zajednice bez pravne osobnosti sve dok njeni članovi ne odluče registrirati kao udruhu. Tako bi se nova zajednica morala ispočetka upustiti u postupak dozrijevanja. U svakom bi slučaju bilo teško zamisliti je kao organizaciju *de iure*, jer prije raskola nije ispunjavala povijesni ili, alternativno, vremenski, kvalitativni i kvantitativni uvjet za podizanje u taj status. Ipak, ovo naše tumačenje Vlada Republike Hrvatske ne usvaja, jer je sa Židovskom vjerskom zajednicom Bet Israel sklopila ugovor u godini dana nakon potpisivanja sporazuma s Koordinacijom židovskih općina u Republici Hrvatskoj (tekstovi ugovora u Narodnim novinama broj 4/12). Tada je zajednica Bet Israel još bila dijelom potonje organizacije te nije imala nezavisan pravni život. Prema tome, čini nam se nespornim zaključiti kako je mehanizam sklapanja ugovora s vjerskim zajednicama od temelja prožet voluntarizmom dnevne politike, usprkos prividu stabilnosti i povjerenja. To potvrđuje i način na koji su gore opisana mjerila za zaključivanje sporazuma bila obznanjena. Naime, do toga je došlo tek nakon što je Vlada odbila potpisati ugovor s nekim vjerskim zajednicama *de iure*, iako su one ispunjavale opisane kriterije. One su na to nastavile borbu svim raspoloživim pravnim sredstvima, zbog čega je i došlo do već citirane presude u predmetu Savez crkava „Riječ Života“ protiv Hrvatske. Prije njihovog je urgiranja, međutim, bilo posve nepoznato kako Vlada odlučuje s kojom će zajednicom sklopiti ugovor.

Nadalje, sloga države i Rimokatoličke Crkve (pre)naglašava političku dimenziju svjetovnosti unošenjem elemenata koji su u jasnoj napetosti s njenim protuvećinskim elementima.<sup>85</sup> Primjerice, odredba članka 12(3) Ugovora između Svete Stolice i Republike Hrvatske o suradnji na području odgoja i kulture<sup>86</sup> propisuje: „Poštujući načela vjerske slobode u pluralističkom društvu, Republika Hrvatska dosljedno će paziti da u sredstvima društvenoga priopćivanja budu **poštivani osjećaji katolika** i temeljne ljudske vrijednosti etičke i vjerske naravi.“ (naglasio autor)

Suprotno onima koji drže da je zaštita osjećaja većine normalan dio demokracije i temeljnoga ljudskog prava na slobodu vjeroispovijedi,<sup>87</sup> ukazujemo na dvojbe razgraničavanja slobode religije i slobode od religije, posebno u vezi sa slobodom izražavanja. Kao što ističe Europski sud za ljudska prava, ona „nije primjenjiva samo na „informaciju“ ili „ideju“ koja je dobrodošla, neuvredljiva ili ne izaziva nikakvu reakciju, već i na ono što šokira, vrijeđa ili uznemiruje državu ili koji dio njenog stanovništva“.<sup>88</sup> U tom smislu nije moguće *a priori* isključiti uvredljive sadržaje. Zaštita samih „osjećaja“ stoga je duboko dvojbena i ne možemo o njoj govoriti kao o neospornom dijelu jednog temeljnog prava. Osim toga, sporna je i s gledišta vladavine prava jer se poziva na ono što Franz Neumann naziva „krivom beskonačnošću“. Ona se sastoji u moralnim kategorijama koje nisu dostatno određene niti općeobvezujuće.<sup>89</sup> Upravo zbog toga „osjećaji“ sami po sebi ne mogu poslužiti kao adekvatan temelj djelovanju svjetovne države. Ipak, njihovo isticanje normom jednog međunarodnog ugovora daje uporišta i suprotnom položaju, čime se ponovno relativizira protuvećinska dimenzija svjetovnosti.

U konačnici možemo zaključiti da u mehanizmu svjetovnosti Republike Hrvatske postoji zanimljiva dinamika. S jedne su strane politički, većinski dijelovi njenog jamstva koji nisu u potpunosti obuhvaćeni Ustavom i čvrsto su uglavljeni u društvenoj zbilji te zapravo presudno oblikuju svjetovnost države. Ta je prevlast rezultat povijesnih i tradicijskih razloga, ali i poimanja demokracije kao ostvarenja vladavine većine. Ona tvori svojevrсни podustavni dogovor koji svoje mjesto zauzima u sjeni ustavnih odredbi. Ono što tu sjenu proizvodi uključuje i protuvećinske dijelove odnosa vjerskih zajednica i države. Iako su ukorijenjeni u Ustavu, njihova je sjenka zanemariva u usporedbi s izraženim društvenim sjajem većinskih elemenata. Takav razvoj daje naznačiti utjecaj „običaja srca i uma“ na provedivost ustavnih odredbi.

85 Sukladnost ugovora sa Svetom Stolicom i Ustava nije tema ovog rada. Ipak, postojećim radovima hrvatske pravne znanosti na tu temu treba prigovoriti upravo zanemarivanje sadržajnog aspekta problema. Primjerice, autori koji decidirano tvrde da su spomenuti sporazumi ustavni svoju ocjenu temelje prvenstveno na argumentima forme (vidi Staničić, F., op. cit.). Međutim, za sukladnost bilo koje podustavne norme s Ustavom ključan je i njezin sadržaj (materijalna ustavnost).

86 Narodne novine Međunarodni ugovori broj 2/97.

87 Zec, S., op. cit., str. 401.

88 *Otto-Preminger-Institut protiv Austrije*, zahtjev br. 13470/87, para 49

89 Neumann, F., *Demokratska i autoritarna država: Studije o političkoj i pravnoj teoriji*, Naprijed, Zagreb, 1994., str. 31-32.

## 5. ZAKLJUČAK

Vjerske su zajednice iznimno važne za svjetovnu državu. Kao što smo utvrdili, upravo odgovarajući odnos državnog aparata prema religijskim organizacijama ima konstitutivni značaj za svjetovnost. Okvire za njega polaže Ustav Republike Hrvatske, koji određuje da u prizmi svjetovnosti religijske organizacije moraju biti jednake pred zakonom, odvojene od države te uživati zaštitu i pomoć njenog aparata. Kombinacija tih elemenata ocrtava složen položaj religijskih organizacija. Iako se od njih očekuje da budu odvojene od vlasti, potonjoj se istodobno otvaraju vrata za suradnju s vjerskim, a samim time i za zbližavanje s religijskim organizacijama.

Prostor fleksibilnijem odnosu države prema vjerskome ostavlja i međuigra većinskih i protuvećinskih čimbenika koja prožima jamstva svjetovne države. Ona s jedne strane prepušta politici određenu diskreciju u uređenju odnosa vjerskih zajednica i države, ali joj istodobno nastoji postaviti i važne granice. Upozorili smo da je taj drugi, protuvećinski aspekt trenutno uvelike oslabljen, zbog čega postoji opasnost od zanemarivanja pojedinih sastavnica svjetovne države.

Osim toga, u postojećoj se literaturi na već dominantno većinsko shvaćanje svjetovnosti zgodimice pokušava proširiti protuvećinska retorika. Tako se u kontekstu vjerskih zajednica *de iure* i *sui generis* ističe diskurs temeljnih prava, iako se položaj tih organizacija u bitnome vezuje na političku volju većine. Pristupom koji tu činjenicu zanemaruje afirmira se položaj trenutnih vjerskih zajednica *de iure* i *sui generis*. Ako je njihov položaj isključivo pitanje temeljnih prava, svaka se promjena ima podvrgnuti strožim ustavnim kriterijima njihovog ograničavanja. Politička volja tada nije uglavljena samo (međunarodnim) ugovorima čija je ustavnost za Ustavni sud svojevrstni tabu, već i u ustavnoj kategoriji „temeljnih prava“. Takvo tumačenje nekih autora tek prividno stabilizira položaj religijskih organizacija. Naime, ono ne otklanja značajne ovlasti države u određivanju povlastica namijenjenih vjerskim zajednicama, što pod prividom stabilnosti i trajnosti unosi elemente nestabilnosti, voluntarizma i otvara prostor zloupotrebi religioznoga.

Zbog toga nam se čini da je rasprava o protuvećinskim određenjima svjetovnosti nužna i neodgodiva. U ovom smo radu utvrdili da se njima nesklona dominacija većinskoga odvija pod utjecajem niza društvenih faktora, od kojih smo neke ovdje tek naznačili. Osim što pruža poticaj daljnjoj raspravi, taj naš kratki pregled upućuje i na vezu svjetovne države s ustavnom demokracijom uopće. Poput svojevrstnoga lakmus papira, vladajuće tumačenje svjetovnosti pomaže nam da uočimo i trenutno shvaćanje demokratskog života u Republici Hrvatskoj. Zbog toga nam se čini bjelodanim kako je rasprava o vjerskim zajednicama ujedno i analiza nekih temeljnih pitanja ustroja hrvatskoga pravnog poretka i društva uopće, te kao takva traži daleko više pozornosti nego što joj može pružiti ovaj rad. Njegov doprinos treba shvatiti samo kao poticaj na shvaćanje svjetovnosti države iz perspektive Ustava, koji u takvoj analizi nije statist, već važan arbitar društvene različitosti.

## Summary

### **CROATIAN RELIGIOUS COMMUNITIES IN THE (COUNTER) MAJORITARIAN PRISM OF THE SECULAR STATE**

This paper analyses the constitutional provisions which establish the secular state in the Republic of Croatia. The relevant parts of the constitutional text outline the following three requirements: equality of religious communities before the law, their separation from the state and, finally, the assistance and protection the state is obliged to provide. These form a complex whole which is permeated by majoritarian and countermajoritarian factors. Consequently, the provisions on the secular state attempt to introduce two opposing elements to its relationship with religion: democratic decision-making and its limitations. It is the former that prevail at the time of writing, and I provide an overview of some of the influences that support its flourishing. I also warn that the majoritarian and countermajoritarian facets of the secular state should not be confused; pointing out that an adequately regulated relationship with religious communities forms the basis of the Croatian secular state.

**Keywords:** *constitutional law, secular state, religious communities.*

## Zusammenfassung

### **KROATISCHE RELIGIONSGEMEINSCHAFTEN IM (GEGEN-) MEHRHEITLICHEN PRISMA DES SÄKULAREN STAATES**

Das Ziel dieser Arbeit ist die Analyse des säkularen Staates aus der verfassungsrechtlichen Perspektive. Deshalb wird der Fokus auf die Frage der Stellung von religiösen Organisationen aus der Perspektive der Verfassung der Republik Kroatien gelegt. Nach der kurzen Diskussion über die Bedeutung des Begriffs „Relionsgemeinschaft“ in diesem höchsten Rechtsakt geht man an die Analyse der verfassungsrechtlichen Bestimmungen von Säkularität heran. Es wird herausgefunden, dass sie aus folgenden drei Komponenten bestehen: Gleichheit der Religionsgemeinschaften vor dem Gesetz, ihre Trennung vom Staat im engeren Sinne, staatliche Hilfe und staatlicher Schutz. Sie werden durch den (gegen-) mehrheitlichen Charakter der verfassungsrechtlichen Säkularität durchdrungen. Diese Säkularität betont die demokratische Politik, versucht sie aber gleichzeitig zu beschränken. Im Zwischenspiel dieser Elemente überwiegt zur Zeit die Mehrheitstendenz. Abschließend diskutiert man kurz über manche Faktoren, welche ihre Vormacht fördern, wobei betont wird, dass es das Bedürfnis nach der tiefgreifenden Diskussion und Analyse der vernachlässigten Gegenmehrheit gibt.

**Schlüsselwörter:** *Verfassungsrecht, säkularer Staat, Religionsgemeinschaften.*

## RIASSUNTO

### **LE COMUNITÀ RELIGIOSE CROATE NEL PRISMA (ANTI) MAGGIORITARIO DELLO STATO SECOLARE**

Nel presente lavoro analizziamo le garanzie dello stato secolare nella Costituzione della Repubblica di Croazia. Esse constano di tre componenti: dell'eguaglianza delle comunità religiose dinanzi alla legge, della loro separazione dallo stato e della protezione e dell'aiuto prestati dallo stato. Tali elementi creano un insieme composito caratterizzato da segmenti maggioritari ed antimaggioritari. Per questo motivo le garanzie dello stato secolare tentano l'inclusione della volontà democratica ed al contempo la limitazione della sua influenza. Al tempo della redazione di questo lavoro prevale il primo aspetto tendente alla democratizzazione. Evidenziamo alcuni elementi che stimolano siffatto sviluppo degli eventi, sottolineando l'avvertimento della necessità di una più nitida demarcazione degli aspetti maggioritari ed antimaggioritari del secolarismo. La nostra argomentazione trae fondamento dalla posizione delle comunità religiose, poiché un'adeguata regolamentazione del rapporto di queste con lo stato rappresenta la base del secolarismo statale.

***Parole chiave:** diritto costituzionale, stato secolare, comunità religiose.*



## RAČUNALNA PRIJEVARA U HRVATSKOM KAZNENOM PRAVU

Dr. sc. Igor Vuletić, docent  
Tomislav Nedić, student V. godine  
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 343.72::004.7  
Ur.: 18. lipnja 2014  
Pr.: 1. listopada 2014.  
Prethodno priopćenje

### **Sažetak**

*U ovom radu autori se bave problematikom računalne prijevare. Računalna prijevarena, kao jedan od najučestalijih i najopasnijih oblika kibernetičkoga kriminala posljednjih godina sve više zaokuplja pažnju u komparativnoj literaturi i praksi. Osim toga, Konvencija o kibernetičkom kriminalu Vijeća Europe traži od potpisnica implementiranje neizravnog oblika računalne prijevare. Autori uvode po prvi put u hrvatsku kaznenopravnu literaturu pojmove izravna i neizravna računalna prijevarena, kritički analiziraju oba oblika uz osvrt na hrvatsko i komparativno zakonodavstvo i praksu te daju svoje prijedloge za budućnost.*

**Ključne riječi:** *prijevarena, računalni sustav, kibernetički, oštećenik, zabranjena analogija, pokušaj.*

### **1. UVOD**

Razvoj i napredak društva stalno donosi nove pojavne oblike kriminaliteta. Taj proces tradicionalno kazneno pravo stavlja pred mnoge izazove. Jedan od tih novih kaznenopravnih fenomena je i računalni kriminalitet, koji je posljednjih petnaestak godina u značajnom porastu. Pod pojmom računalnog kriminaliteta, za potrebe ovog rada, podrazumijevamo sva kaznena djela koja se tiču računalnih podataka.<sup>1</sup>

Računalni kriminalitet u sebi sadrži veliku potencijalnu opasnost. Ta opasnost, prije svega, proizlazi iz činjenice da je normalno funkcioniranje suvremenog društva praktički ovisno o stabilnoj i učinkovitoj računalnoj mreži. Stoga bilo kakvo ozbiljnije ugrožavanje računalne mreže može dovesti do kolapsa egzistencijalno važnih područja, poput komunikacijskog, vojnog, proizvodnog, financijskog, poreznog itd.<sup>2</sup>

1 Tako i Sieber, U. u Sieber/Brüner/Satzger/Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht, Nomos, Baden-Baden, 2011.*, § 24, r. b. 1.

2 Ibid.

Temeljno obilježje računalnog kriminaliteta je nematerijalna priroda računalnih podataka kao objekta ovih kaznenih djela.<sup>3</sup> U situacijama u kojima nema posebnih propisa primjenjuju se opća načela kaznenog prava.<sup>4</sup> Ipak, spomenuta nematerijalna (virtualna) priroda, uz druge probleme kao što su složenost računalnog sustava, anonimnost korisnika, globalna računalna povezanost i dr. ukazuje na očiglednu potrebu za redefinicijom tradicionalnih kaznenopravnih koncepata.

Računalna prijevarena jedan je od najčešćih oblika računalnog kriminaliteta. Zahvaljujući globalnoj rasprostranjenosti internet mreže, broj prijevarena putem računala i računalnog sustava u stalnom je porastu i sa sve većim materijalnim posljedicama. Nabolji dokaz toj tvrdnji je činjenica da je ovaj oblik računalnog kriminaliteta postao i predmetom reguliranja međunarodnih dokumenata. Ipak, u hrvatskoj kaznenopravnoj literaturi ovaj kaznenopravni fenomen je do sada uglavnom bio zapostavljen, uz tek poneki fragmentarni osvrt.

Cilj je ovog rada po prvi put sustavno obraditi problematiku računalne prijevarena. Poredbena literatura u pravilu čini razliku između dva oblika računalne prijevarena. Tim ćemo putem poći i mi pa ćemo u nastavku teksta prikazati osnovne karakteristike obaju oblika i upozoriti na neke specifičnosti računalne prijevarena u teoriji, zakonodavstvu i praksi. Primarni predmet našega interesa je hrvatsko kazneno pravo. No, na mjestima gdje to bude svrhovito, ukazat ćemo i na odgovarajuća rješenja iz poredbenog prava te poredbene literature i sudske prakse.

## 2. DVA OBLIKA RAČUNALNE PRIJEVARE

U kaznenom pravu izraz «računalna prijevarena» može se shvatiti dvojako. S jedne strane, postoji, tzv. **izravna računalna prijevarena**, koja se sastoji u obmanjivanju oštećenika koji je fizička osoba na način da se kao sredstvo obmanjivanja koristi računalni sustav. Tu se, dakle, radi o kaznenom djelu prijevarena koje je specifično po sredstvu koje se koristi kako bi se oštećenika dovelo u zabludu i/ili održavalo u zabludi. S druge strane, moguća je i tzv. **neizravna računalna prijevarena**, koja se sastoji u varanju samoga računalnog sustava. Drugim riječima, računalni sustav je objekt kaznenog djela. Tipičan primjer neizravne računalne prijevarena je slučaj počinitelja koji pristupa bankomatu s tuđom karticom i podiže novac iako za to nije ovlašten. Tu se, dakle, radi o slučajevima u kojima počinitelj utječe na elektroničku obradu podataka kako bi sebi ili drugome pribavio protupravnu imovinsku korist.<sup>5</sup> Ovakvim se postupanjem posredno oštećuje treća

3 Ibid.

4 Na to ukazuje i Sieber, U., *Verantwortlichkeit im Internet, Technische Kontrollmöglichkeiten und multimediarechtliche Regelungen*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999., str. 218.

5 Novoselec, P. i Bojanić, I., u Novoselec (ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2007., str. 240.

osoba koja ima vlast nad bankomatom (to će, u pravilu, biti banka).<sup>6</sup> Neizravni oblik računalne prijave rezultat je novijeg razvoja kaznenog prava. Ustanovljen je čl. 8. Konvencije o kibernetičkom kriminalu Vijeća Europe (dalje: Konvencija) iz 2001. godine.<sup>7</sup>

U nastavku rada osvrnut ćemo se na oba oblika računalne prijave. Prvenstveni predmet zanimanja ovog rada je računalna prijevarena u hrvatskom zakonodavstvu i sudskoj praksi. Na mjestima gdje to bude svrhovito, ukazat ćemo i na neka od poredbenih rješenja te na stajališta strane teorije i sudske prakse.

### **2.1. Izravna računalna prijevarena**

Kako je već ranije napomenuto, izravni oblik računalne prijave sastoji se u tome da počinitelj dovodi u zabludu ili održava u zabludi drugu osobu, koristeći pritom računalni sustav kao sredstvo obmane. Oštećenik je u ovom slučaju uvijek fizička osoba.<sup>8</sup>

Kod pristupanja normiranju ovog oblika računalne prijave zakonodavac ima na raspolaganju dvije mogućnosti. Može predvidjeti poseban oblik prijave ili može ostaviti praksi da ovakva ponašanja razmatra u okviru općeg kaznenog djela prijave. Potonje rješenje, međutim, u sebi sadrži opasnost da se pojedini oblici prijave, zbog svojih specifičnosti, ne mogu podvesti pod klasično kazneno djelo prijave.<sup>9</sup> U nastavku ćemo razmotriti neke od najčešćih oblika prijave fizičkih osoba putem računala.

Jedan od češćih oblika takvog postupanja je prijevarena putem e-maila. Široku rasprostranjenost ovog oblika prijave možda najbolje prikazuje činjenica da gotovo ne postoji korisnik interneta koji na svojem e-mailu barem jednom nije dobio poruku u kojoj se od njega ili nje traži dostavljanje podatka o broju svog bankovnog računa radi isplate određene neočekivane dobiti od igara na sreću i sl. Ovakva djela najčešće imaju međunarodni predznak, s obzirom na to da počinitelji

6 Pojmovi «izravna» i «neizravna» računalna prijevarena su, za potrebe ovog rada, preuzeti iz komparativne literature na engleskom jeziku i prilagođeni hrvatskom jeziku. Literatura na engleskom jeziku razlikuje pojmove «direct computer fraud» i «indirect computer fraud». Usp. npr. Šepec, M., *Slovenian Criminal Code and Modern Criminal Law Approach to Computer-related fraud*, *International Journal of Cyber Criminology*, 2012., Vol. 6 (2), str. 986 i dalje.

7 Konvencija o kibernetičkom kriminalitetu: Članak 8. – RAČUNALNA PRIJEVARA *Svaka stranka će usvojiti zakonske i druge mjere potrebne kako bi se unutarnjim zakonodavstvom kaznenopravno sankcionirao namjerni čin neovlaštenog uzrokovanja štete na imovini drugoga: a. bilo kakvim unošenjem, mijenjanjem, brisanjem ili činjenjem neuporabljivima računalnih podataka, b. bilo kakvim ometanjem funkcioniranja računalnog sustava s prijevaramom ili nepoštenom namjerom neovlaštenog pribavljanja ekonomske koristi za sebe ili drugoga.*

8 Stajalište da oštećenik kod ovog oblika prijave može biti samo fizička osoba logično proizlazi iz činjenice da se samo fizička osoba može dovesti u zabludu u klasičnom smislu. Za potonju činjenicu v. Novoselec, P., i Bojanić, I., u Novoselec, P., (ur.), op. cit., str. 240.

9 Na to upozorava i Šepec, M., op. cit., str. 992.

i žrtve dolaze iz različitih država pa to može stvoriti i probleme oko uspostavljanja kaznene vlasti i nadležnosti pojedinih država, posebno ako se imaju u vidu velike različitosti između kaznenopravnih sustava u raznim dijelovima svijeta. Stoga vjerujemo da će u daljnjoj budućnosti ovakva ponašanja sve više potpadati pod nadležnost međunarodnih sudova.

Ovo kazneno djelo u literaturi je još poznato i kao „*Nigerijska prijevara*“, odnosno „*Scam 419*“, nakon što je po prvi put u svijetu normirano u čl. 419. nigerijskoga kaznenog zakona.<sup>10</sup> Nigerijska prijevara sastoji se od toga da počinitelj šalje e-mail oštećeniku u kojem mu lažno obećava određenu imovinsku korist, ako mu oštećenik da broj vlastitog računa ili plati određenu svotu novca. Nakon što dobije tražene podatke, počinitelj prekida sve veze s oštećenikom. Iako se čini bezazlenim, istraživanja pokazuju da na deset tisuća poslanih lažnih e-mailova, barem jedna osoba nasjedne na počiniteljevu prijevaru.<sup>11</sup> Neka istraživanja pokazuju da je, primjerice, u SAD-u u razdoblju od sredine 1980-ih do sredine 2000-ih ovom obliku prijave podleglo preko 100.000 ljudi, uz imovinsku štetu od preko pola milijarde dolara.<sup>12</sup>

Možemo zaključiti da je takvo postupanje tipičan primjer izravne računalne prijave. Počinitelj dovodi u zabludu oštećenika koristeći računalni sustav, odnosno e-mail kao sredstvo. Pritom je situacija vrlo specifična jer se počinitelj i oštećenik uopće ne susreću (niti će se ikad susresti) u stvarnom životu, nego se sve odvija u virtualnom svijetu. Ovakvo bi ponašanje u hrvatskom kaznenom pravu, u nedostatku posebne odredbe, valjalo podvesti pod opće kazneno djelo prijave. Takvo rješenje, međutim, po našem mišljenju otvara jedan važan praktičan problem. Naime, postavlja se pitanje u kojem trenutku počinitelj izlazi iz stadija nekažnjivih pripremnih radnji i ulazi u stadij kažnjivog pokušaja. Je li to već u trenutku kad šalje e-mailove na više različitih adresa ili tek u trenutku kad mu netko od adresata uistinu i odgovori, odnosno pošalje tražene podatke pa on otpočne s daljnjim računalnim operacijama kojima će sebi pribaviti protupravnu imovinsku korist? Prema našem mišljenju, valja se opredijeliti za drugo rješenje. Hrvatski Kazneni zakon u čl. 34. dopušta da se početkom pokušaja smatra i radnja koja «*prostorno i vremenski neposredno prethodi ostvarenju bića*». To znači da između takvih radnji i bića ne smije više stajati neke bitne međuradnje.<sup>13</sup> U ovom slučaju počinitelju predstoji više bitnih međuradnji. Također, smatramo da se u ovako ranom trenutku još ne može govoriti o ispunjenosti pokušajne namjere jer počinitelj, koji je poslao e-mailove na različite adrese, još nema u vidu konkretnog oštećenika. Za oblikovanje potrebne namjere je, po našem mišljenju, nužno da počinitelj zna tko je oštećenik. To će, pak, biti moguće tek onda kada mu oštećenik da potrebne podatke.

10 Hartikainen, E. I., *The Nigerian Scam: easy money on the internet, but from whom?*, University of Chicago, 2006., str. 1 i dalje.

11 Šepec, M., op. cit., str. 992.

12 Hartikainen, E. I., op. cit., str. 1.

13 Novoselec, P. i Bojanić, I., *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013., str. 299 – 300.

Još jedan vrlo rasprostranjen oblik prijevarnog postupanja uz korištenje računalnog sustava i interneta je i prijevarena kupnja ili prodaja putem interneta. Prijevarena kupnja počinjena je kad počinitelj, nakon što primi stvar, ne uplati traženu svotu novca ili pošalje ček bez pokrića. Prijevarena prodaja počinjena je kad počinitelj, nakon što primi uplatu, uopće ne pošalje traženu stvar ili ju pošalje, ali ona nema tražena svojstva. Nju, također, možemo svrstati u izravne računalne prijevare. Ovo je, prema nekim statistikama, najčešći oblik internetske prijevare.<sup>14</sup> Ovdje se može pojaviti problem dokazivanja potrebne namjere jer se naručena roba transportira poštom iz udaljenih dijelova svijeta pa je uvijek moguće da se izgubi ili ošteti na putu.<sup>15</sup> I za ovu vrstu prijevare vrijedi da se može počinuti s izravnom i s neizravnom namjerom.<sup>16</sup>

Smatramo kako bi, *de lege ferenda*, trebalo razmisliti o uvođenju posebnog oblika prijevare fizičke osobe putem računalnog sustava, bilo u okviru općeg kaznenog djela prijevare, bilo posebnom odredbom. Držimo da se ovaj oblik prijevare ipak značajno razlikuje od klasičnog oblika, prije svega jer se odvija u virtualnom prostoru. Tradicionalno kazneno pravo je, naprotiv, znatno više orijentirano na povredu materijalnih pravnih dobara koja egzistiraju u stvarnom okružju. Ta nematerijalna priroda djela, uz složenost samog računalnog sustava, anonimnost njegovih korisnika i globalnu važnost internetske povezanosti stavljaju kazneno pravo pred nove izazove.<sup>17</sup> Osim toga, smatramo da se izravnom računalnom prijevaram ne povrjeđuje samo imovina i povjerenje oštećenika, kao što je to slučaj kod obične prijevare, nego se ugrožava i normalno funkcioniranje računalne mreže. Važnost interneta u suvremenom životu često se uspoređuje s važnošću vodne mreže ili električne energije.<sup>18</sup> Stoga vjerujemo da ovo djelo zaslužuje izdvajanje u posebnu glavu. U njemačkoj literaturi općenito se preporučuje zakonodavcima da, kada je u pitanju računalni kriminalitet, teže razvijanju novih kaznenih djela ili modificiranju postojećih kako bi izbjegli probleme u tumačenju u sudskoj praksi i pribjegavanje zabranjenoj analogiji.<sup>19</sup>

## 2.2. Neizravna računalna prijevarena i problem zabranjene analogije

Neizravni oblik računalne prijevare sastoji se od toga da počinitelj «manipulira računalnim podacima ili programima s namjerom stjecanja protupravne imovinske

14 Usp. Šepec, M., op. cit., str. 987.

15 Ibid.

16 Tako i Novoselec, P. i Bojanić, I., u Novoselec, P. (ur.), op. cit., str. 239. Valja napomenuti da je hrvatska sudska praksa sklona zastupati stajalište da je prijevare moguće počinuti samo s izravnom namjerom. Mi se priklanjamo shvaćanju da u obzir dolaze i izravna i neizravna namjera.

17 Tako i Sieber, U. u Sieber/Brüner/Satzger/Heintschel-Heinegg (Hrsg.), op. cit., § 24, r. b. 10 – 11.

18 Ibid., r. b. 8.

19 Usp. npr. Schuhr, J. C., Analogie und Verhaltensnorm im Computerstrafrecht, Am Beispiel der Datenveränderung (§ 303a StGB und Art. 8 Convention on Cybercrime), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 8-9/2012, str. 441.

koristi.»<sup>20</sup> Zbog takvih manipulacija računalni sustav više ne može raspoznati pristupa li mu ovlaštena ili neovlaštena osoba.

Ovo kazneno djelo značajno se razlikuje od općega kaznenog djela prijave jer se ovdje oštećenik ne dovodi u zabludu niti se održava u zabludi.<sup>21</sup> Dok prijave redovito karakterizira i određeni doprinos žrtve, uvjetovan njezinom naivnošću ili pohlepnošću,<sup>22</sup> ovdje takvoga doprinosa nema. Već smo napomenuli da se računalni sustav ne može «prevariti» u tradicionalnom kaznenopravnom tumačenju te riječi. Stoga se može postaviti i terminološko pitanje je li ovo djelo uopće prikladno nazivati «prijevarem» ili bi bolje bilo koristiti neki drugi termin poput «zlouporebe».<sup>23</sup>

U zemljama koje ne poznaju posebno kazneno djelo računalne prijave postoji značajna pravna praznina jer se ovaj oblik ne može podvesti pod opće kazneno djelo prijave. Takvo bi postupanje očigledno kršilo zabranu analogije. Stoga se u literaturi vrlo često upozorava da je implementacija ovog oblika nužna pretpostavka osuvremenjivanja kaznenog prava.<sup>24</sup> To, uostalom, vrlo jasno zahtijeva i već spomenuti čl. 8. Konvencije.

Kao potpisnica Konvencije, Hrvatska je implementirala kazneno djelo računalne prijave u vlastiti kaznenopravni sustav. Ovo djelo uvedeno je u hrvatsko kazneno zakonodavstvo još novelom iz 2004. godine, kao čl. 224a u glavi kaznenih djela protiv imovine. Novi je Kazneni zakon, koji je stupio na snagu početkom 2013. godine, uz određene izmjene, preuzeo tu odredbu i premjestio u posebno poglavlje kojim se reguliraju kaznena djela protiv računalnih sustava, programa i podataka. Ovu promjenu treba pohvaliti jer se ovdje ne radi o tipičnom imovinskom deliktu. Novom koncepcijom jasnije se naglašava specifičnost ovog kaznenog djela te njegova važnost za normalno funkcioniranje računalnih sustava i mreža.<sup>25</sup> Ovakvom sistematizacijom svakako je postignuta i bolja preglednost.

Ona se značajno razlikuje od prijašnjeg rješenja. Prema starom Kaznenom zakonu, računalna prijevarena bila je regulirana člankom 224.a, u sklopu kaznenih djela protiv imovine. Ta je odredba bila smještena odmah poslije opće odredbe o prijavi (stari čl. 224.). Prema tom rješenju, kazneno djelo računalne prijave počinila bi osoba kojoj je cilj sebi ili drugome pribaviti protupravnu imovinsku korist tako da unese, koristi, izmijeni, izbriše ili na drugi način učini neuporabljivim računalne podatke ili programe, ili onemogućiti, ili oteža rad, ili korištenje računalnog sustava ili programa i tako prouzroči štetu drugome. No, osim neizravnog oblika računalne prijave, tim je člankom također bila regulirana i zlouporeba naprava.

20 Turković, K. i dr., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2013., str. 345.

21 Ibid.

22 Usp. Novoselec, P. i Bojanić, I., u Novoselec, P., (ur.), op. cit., str. 234.

23 Ipak treba reći da je termin «prijevarena» uobičajen i u komparativnom pravu. Tako, primjerice, njemački StGB u § 263a govori o «*Computerbetrug*» (računalna prijevarena), a i sama Konvencija rabi termin «*computer fraud*». Stoga našu primjedbu valja shvatiti isključivo u duhu hrvatskoga jezika.

24 Šepec, M., op. cit., str. 992.

25 Tako i Turković, K. i dr., op. cit., str. 341.

To znači da se, prema starom Kaznenom zakonu, nije vršilo jasno zakonsko razlikovanje između neizravne računalne prijevare i zlouporabe naprava, što nije bilo prihvatljivo. Zlouporaba naprava je sadržajno i strukturno različita od računalne prijevare. Zlouporaba naprava sastoji se u neovlaštenom izrađivanju, nabavljanju, prodaji, posjedovanju ili stavljanju drugome na raspolaganje posebnih naprava, sredstava, računalnih podataka ili programa stvorenih ili prilagođenih za činjenje različitih oblika računalnog kriminaliteta. Ovo djelo zapravo predstavlja kažnjivu pripremu radnju koja može dovesti do neizravne računalne prijevare, ali i do drugih kaznenih djela iz ove domene.<sup>26</sup> Stoga je dobro da je novi KZ to djelo regulirao odvojeno od računalne prijevare.

U novom Kaznenom zakonu neizravna računalna prijevarena regulirana je člankom 271.<sup>27</sup> Ta je odredba u potpunosti usklađena sa zahtjevima čl. 8. i 19. Konvencije.<sup>28</sup> Kako je napomenuto, novi Kazneni zakon donosi veliku promjenu kod regulacije računalnog kriminaliteta uvodeći novu glavu o kaznenim djelima protiv računalnih sustava, programa i podataka. Navedena glava regulira osam kaznenih djela, među kojima je i kazneno djelo računalne prijevare koje je regulirano u članku 271. Kaznenim djelom računalne prijevare regulira se neizravni oblik računalne prijevare, dok izravni oblik, kao prema starom Kaznenom zakonu, valja podvesti pod opće kazneno djelo prijevare.

Temeljni oblik ovoga kaznenog djela ostao je u bitnim obilježjima isti. Tako i prema novom Kaznenom zakonu računalnu prijevarenu čini onaj tko *s ciljem da sebi ili drugome pribavi protupravnu imovinsku korist unese, izmijeni, izbriše, ošteti, učini neuporabljivim ili nedostupnim računalne podatke ili ometa rad računalnog sustava i na taj način prouzroči štetu drugome* (čl. 271. st. 1.). Smatramo kako «drugi» iz zakonskog opisa može biti i fizička i pravna osoba. Ipak, po naravi stvari, to će najčešće biti pravna osoba – banka u čijem je vlasništvu bankomat ili sl., dok će fizička osoba biti oštećena tek posredno.<sup>29</sup>

U odnosu na regulaciju iz čl. 224a starog KZ-a, nova odredba donosi promjene u drugom i trećem stavku članka 271. Drugi stavak regulira kvalificirani oblik računalne prijevare gdje će se počinitelj teže kazniti, ako je kaznenim djelom računalne prijevare pribavljena znatna imovinska korist ili prouzročena znatna šteta. Prema novom pravnom shvaćanju koje je Kazneni odjel VSRH zauzeo na sjednici od 27. prosinca 2012. (br. Su-IV k-4/2012-57), navedena će obilježja postojati ako korist, odnosno šteta prelaze 60.000,00 kn. To je povećanje u odnosu na prijašnju praksu koja je granicu postavljala na 30.000,00 kn. U trećem stavku istoga članka

26 I njemačka literatura jasno zastupa stajalište da se izrada i pribavljanje opreme za računalni kriminalitet ne može podvesti pod biće računalne prijevare iz § 263a StGB-a. Usp. Seidl, A., Debit Card Fraud: Strafrechtliche Aspekte des sog. «Skimmings», Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 8-9/2012, str. 417.

27 Čl. 271. st. 1. KZ: „*Tko s ciljem da sebi ili drugome pribavi protupravnu imovinsku korist unese, izmijeni, izbriše, ošteti, učini neuporabljivim ili nedostupnim računalne podatke ili ometa rad računalnog sustava i na taj način prouzroči štetu drugome.*“

28 Usp. Turković, K. i dr., op. cit., str. 345.

29 Šepec, M., op.cit., str. 987.

nalazi se odredba prema kojoj će se podatci koji su nastali počinjenjem kaznenog djela računalne prijevare uništiti, za razliku od regulacije u starom Kaznenom zakonu gdje su se podatci koji su nastali počinjenjem djela oduzimali počinitelju, bez određivanja hoće li se uništiti, sačuvati ili iskoristiti u neke druge svrhe. Kod ovoga djela će, ukoliko je počinjeno putem interneta, doći u obzir i primjena vrlo kontroverzne nove sigurnosne mjere zabrane pristupa internetu iz čl. 75.<sup>30</sup>

Kazneno djelo računalne prijevare kao posebno kazneno djelo neizostavan je dio suvremenog kaznenog zakonodavstva. Oni zakoni koji ne sadrže takvo djelo ostavljaju značajan kaznenopravni prostor nereguliranim, s obzirom na to da se općim kaznenim djelom prijevare mogu pokriti tek izravne računalne prijevare. Zbog toga se u takvim sustavima u praksi često mogu vidjeti slučajevi kršenja zabrane analogije na štetu počinitelja kaznenog djela.

Rečeno možemo prikazati i primjerima iz susjedne Slovenije te iz prijašnje hrvatske sudske prakse. Iako je Slovenija potpisnica Konvencije, slovenski Kazneni zakon još uvijek nije predvidio regulaciju neizravne računalne prijevare. Tu značajnu pravnu prazninu slovenski sudovi pokušavaju pokriti na različite načine. Tako je u slučaju u kojem je počinitelj neovlašteno pristupio računalnom sustavu banke preko bankomata i oštetio banku za određen iznos novca koji je uzeo iz bankomata, Visoki sud u Ljubljani otklonio prijevare uz obrazloženje da kazneno djelo prijevare može biti počinjeno samo ako je prevarena stvarna osoba, a ne računalni sustav (VSL III Kp 4/2008 od 4. rujna 2008.). Ta je odluka u slovenskoj teoriji ocijenjena kao «apsurdna i posve u suprotnosti s Konvencijom koju je Slovenija ratificirala 2004. godine».<sup>31</sup> U istom je slučaju sud zaključio da se radi o slučaju počinjenja kaznenog djela teške krađe. Prema slovenskom Kaznenom zakonu, za postojanje kaznenog djela teške krađe traži se da počinitelj svladavanjem većih prepreka dođe do stvari iz određenog zatvorenog prostora. U tom smislu, Sud je zauzeo stajalište da je bankomat službeni prostor banke iz kojeg počinitelj uzima određeni dio novca te samim time oštećuje banku za isti iznos novca. Ista situacija pojavljuje se i u odlukama Vrhovnog suda Slovenije I Ips 98/2004 od 31. svibnja 2005. te I Ips 461/2007 od 31. siječnja 2008.<sup>32</sup> Navedeni su slučajevi riješeni tako da su slovenski sudovi određeno činjenično stanje podveli pod one mogućnosti koje su im u tom trenutku bile na raspolaganju u njihovom kaznenom zakonu.

Slična je praksa postojala i u Hrvatskoj prije nego je kazneno djelo računalne prijevare implementirano u hrvatsko kazneno zakonodavstvo. Tako je Županijski sud u Bjelovaru (Kž-397/02 od 7.11.2002.) označio neovlašteno podizanje novca iz bankomata kao kazneno djelo teške krađe. Prethodna krađa kartice, u tom slučaju ulazi u sastav jedinstvenog produljenog kaznenog djela teške krađe.<sup>33</sup> Osim slučajeva

30 Tako Turković, K. i dr., op. cit., str. 345. Za kontroverze oko ove sigurnosne mjere v. Cvitanović, L. i Glavić, I., Uz problematiku sigurnosne mjere zabrane pristupa internetu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2/2012, str. 914 – 915.

31 Šepec, M., op. cit., str. 993.

32 Ibid., str. 994.

33 Novoselec, P., Podizanje novca na bankomatu pomoću ukradene kartice, Sudska praksa, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2/2008, str. 1167.



neovlaštenog podizanja novca iz bankomata, starija hrvatska kaznenopravna praksa zabilježila je i slučaj uporabe lažne telefonske kartice na telefonskim govornicama. Optuženik je kupio lažnu telefonsku karticu od neutvrđene osobe te je pomoću nje s javne telefonske govornice u Garešnici obavio više telefonskih razgovora. Na isti je način, utrošio, a da nije platio, 53.800 impulsa te oštetio HTP Telekomunikacijski centar Bjelovar u iznosu od 11.082 kune. Općinski sud u Garešnici donio je presudu u kojoj je počinitelj proglašen krivim za kaznena djela krađe i krivotvorenja znakova za vrijednost te mu izrekao uvjetnu osudu. Kako su se obje stranke odrekle prava na žalbu, a nijedna nije zahtijevala dostavu presude, sud je u pisano izrađenoj presudi isпустio obrazloženje (K-9/98-10 od 23.4.1998).<sup>34</sup> Računalna prijevarena u to vrijeme bila je relativno nov pojam i nije bila implementirana u hrvatsko kazneno zakonodavstvo. Općinski sud u Garešnici služio se zabranjenom analogijom označivši tu situaciju kao krađu i krivotvorenje znakova za vrijednost. Takva kvalifikacija nije se mogla prihvatiti jer se telefonski impulsi, ni uz najšire moguće tumačenje, tada nisu mogli podvesti pod pojam pokretne stvari.<sup>35</sup> Nedugo kasnije, Kazneni zakon je prijašnju definiciju pokretne stvari proširio i na telefonske impulse. Tek nakon toga se telefoniranje pomoću lažne telefonske kartice moglo razmatrati u okviru, s obzirom na to da kazneno djelo računalne prijevare još nije bilo implementirano u Kazneni zakon. Također, telefonska kartica smatra se običnom ispravom te se uporaba iste smatra kaznenim djelom krivotvorenja isprave, a ne krivotvorenja znakova za vrijednost.<sup>36</sup> No, ovdje valja napomenuti kako nije sasvim sigurno radi li se o neizravnoj ili izravnoj računalnoj prijevaren. Naime, telekomunikacijski centar može još za vrijeme telefoniranja utvrditi uporabu lažne kratice te mjesto poziva. Imajući to u vidu, možemo reći kako nam se čini da je ovaj slučaj bliži izravnoj računalnoj prijevaren jer počinitelj obmanjuje fizičku osobu koristeći se računalnim sustavom kao sredstvom prijevare. Pošta je glede telefonskih kartica dala uvjetni pristanak, tj. pristala je isporučiti telefonske impulse samo na temelju prave telefonske kartice. Prema tome, korisniku lažne telefonske kartice pošta telefonske impulse ne predaje dobrovoljno i uz poznavanje svih okolnosti slučaja, nego ih on oduzima pošti i time ostvaruje sva obilježja računalne prijevare.<sup>37</sup>

No, još je zanimljiviji slučaj Županijskog suda u Splitu, Kž 205/08 od 20.5.2008. (Općinski sud u Omišu, K124/07) jer je, u trenutku počinjenja djela, kazneno djelo računalne prijevare bilo implementirano u hrvatsko kazneno zakonodavstvo. Optuženik i optuženica počinili su kazneno djelo krađe tako da je optuženica ušla kroz otvorena vrata u jednu obiteljsku kuću u Omišu te iz ženske torbe uzela novčanik u kojem su se nalazili 20 kuna te bankovna kartica s tajnim osobnim brojem (PIN), dok je za to vrijeme optuženik držao stražu. Nakon toga, istog

34 Novoselec, P., *Sudska praksa - Materijalno kazneno pravo*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 7, broj 1/2000, str. 237.

35 Ibid., str. 238.

36 Ibid.

37 Tako i ibid.

je dana optuženik u četiri navrata na bankomatima u Omišu i Dugom Ratu podigao ukupno 1600 kn, dok je tog puta optuženica čuvala stražu. Općinski sud u Omišu izrekao je prvostupanjsku presudu u kojoj su optuženik i optuženica proglašeni krivima za supočiniteljstvo u kaznenim djelima krađe (kartice) i računalne prijevare. No, povodom podnesenih žalbi drugostupanjski je sud (Županijski sud u Splitu) po službenoj dužnosti preinačio prvostupanjsku presudu te utvrdio da su optuženici počinili kazneno djelo teške krađe. Sud je vlastitu presudu obrazložio tvrdnjom da su okrivljenici uporabom kartice tekućeg računa s pribavljenim PIN brojem za navedenu karticu provalili u zatvoreni prostor, tj. bankomat, uzevši pri tomu novac kako bi ga protupravno prisvojili. To stajalište s pravom kritizira Novoselec. On upozorava da je računalna prijevarena u odnosu prema teškoj krađi *lex specialis* te joj valja dati prednost. Uz to, tim se djelima štite različita pravna dobra. Takvo je rješenje prihvaćeno i u poredbenoj praksi.<sup>38</sup> Možemo se nadovezati primjedbom kako je vrlo dvojbeno ne krši li se podvođenjem računalne prijevare pod tešku krađu zabrana analogije. Naime, kod računalne prijevare nije u pitanju klasični pojam «zatvorenog prostora», nego tzv. «kibernetički zatvoreni prostor». U listopadu 2006. Združeni stožer oružanih snaga SAD-a definirao je kibernetički prostor kao „područje koje karakterizira upotreba elektroničkog i elektromagnetskog dijapazona za pohranjivanje, modificiranje i razmjenjivanje podataka putem mrežnih sustava i povezanih fizičkih infrastruktura“.<sup>39</sup> Kibernetički prostor označava virtualni prostor koji nastaje korištenjem računalne i digitalne tehnologije. Taj se prostor ne može podvesti pod definiciju klasičnog prostora koji je obuhvaćen kaznenim djelom krađe ili teške krađe, jer počinitelj ne ulazi izravno u tuđi prostor, nego putem računala zadire u kibernetički prostor. Kibernetički prostor sve je češći oblik ljudske socijalizacije te je njegovo svakodnevno korištenje ključno za čovječanstvo. On se svakodnevno razvija, širi svoje granice i povećava svoj kapacitet. Upravo se stoga povećava i broj kaznenih djela vezanih uz kibernetički prostor, što uključuje i računalnu prijevarenu. Takva kaznena djela vrlo se teško otkrivaju, a razlozi tomu jesu: informativni medij koji se ne može izravno očitavati; izmjene i brisanje podataka koji se mogu izvršiti bez ostavljanja ikakvih tragova; zapisi koji ne sadrže pečate i potpise kojima bi se potvrdila njihova autentičnost i koji bi omogućili utvrđivanje razlike između kopije i originala; pristup do podataka i manipuliranje njima može se obavljati s udaljenih terminala; transakcije se obavljaju takvom brzinom koja ne dopušta čovjeku da ih nadzire ni da upravlja njima; programi su smješteni na iste medije kao i podatci, pa se i njima može relativno lako manipulirati; za obavljanje kriminalnih aktivnosti mogu se koristiti vrlo stručne i suptilne metode i tehnike, koje se teško otkrivaju jer ne ometaju redovan rad sustava, a često se mogu dokazati jedino ako se otkriju u trenutku izvršenja.<sup>40</sup> Imajući u vidu posebnosti kibernetičkog

---

38 Ibid.

39 Vuković, H., Kibernetička sigurnost i sustav borbe protiv kibernetičkih prijetnji u Republici Hrvatskoj, *National security and the future*, vol. 13, br. 3, 2012., str. 16.

40 Žužul, J. i Dragičević, D., *Informatika u upravi i pravosuđu*, Sveučilišna tiskara, Zagreb, 1996., str. 240.

prostora, možemo zaključiti kako podvođenje ovakvih i sličnih ponašanja pod tešku krađu u biti krši zabranu analogije.<sup>41</sup> Uvid u komparativnu praksu pokazuje da su sudovi vrlo skloni posezati za analogijom s drugim kaznenim djelima kada nemaju računalnu prijevare normiranu u svojim kaznenim zakonima. Tako su, primjerice, u slučajevima u kojima su počinitelji koristili tuđe podatke kako bi putem interneta naručivali robu i plaćanje ostavljali oštećenicima, belgijski sudovi donosili presude za računalno krivotvorenje, dok su finski sudovi osuđivali za povredu tuđe privatnosti.<sup>42</sup> To jasno ukazuje na potrebu postojanja posebnog kaznenog djela računalne prijevare.

### **3. ZAKLJUČAK**

Na prethodnim stranicama obradili smo problematiku računalne prijevare. Pošli smo od shvaćanja da se fenomen računalne prijevare iz kaznenopravnog kuta može promatrati iz uže i šire perspektive. Sukladno tome, predložili smo termine izravna i neizravna računalna prijevarena. Pritom je osnovni kriterij razlikovanja bio identitet oštećenika: kod izravne prijevare oštećenik je fizička osoba, a računalni sustav je sredstvo prijevare; kod neizravne prijevare oštećen je sam računalni sustav.

U skladu s tom podjelom, koja koliko nam je poznato još nije bila spominjana u hrvatskoj kaznenopravnoj literaturi, koncipirali smo rad na način da smo prvi dio rada posvetili izravnoj, a drugi neizravnoj računalnoj prijevarenju. Izravna prijevarena se u hrvatskom zakonodavstvu, kao i u većini poredbenih sustava, razmatra u okviru općeg kaznenog djela prijevare. To otvara određene praktične probleme na koje smo u radu upozorili te smo predložili uvođenje zasebnog oblika prijevare pomoću računala, bilo u sastavu općeg dijela prijevare, bilo kao posebnog kaznenog djela. Također smo pokazali i neke od najčešćih oblika izravne prijevare.

U pogledu neizravne prijevare, zauzeli smo stajalište da je normiranje tog kaznenog djela nužno, ne samo da bi se zadovoljili međunarodni standardi, nego i da bi se popunila značajna pravna praznina koja ima sve veću važnost za suvremeno društvo koje ovisi o urednom funkcioniranju računalnih sustava i mreže. U tom smislu, hrvatsko kazneno zakonodavstvo od 2004. pokazuje stalan napredak. Govoreći o neizravnoj računalnoj prijevarenju, dosta pažnje posvetili smo problemu zabranjene analogije. Taj je problem i inače prisutan kod kaznenih djela računalnog kriminaliteta, a kod neizravne računalne prijevare on poprima dodatnu dimenziju. To smo pokazali na primjerima iz novije hrvatske i poredbene sudske prakse.

41 I Novoselec ističe da je kod računalne prijevare na način opisan u primjerima koje smo naveli zapravo u pitanju «specifično ulaženje u zatvoreni prostor korištenjem računalnih podataka u cilju pribavljanja imovinske koristi». Novoselec, P., Podizanje novca na bankomatu pomoću ukradene kartice, *Sudska praksa, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2008, str. 1167.

42 Weigend, T., *Information society and penal law, General report, XIXth International Congress of Penal Law Preparatory Colloquium, Verona, 2012, Section I – Criminal Law. General Part*, str. 56 – 57.

Naš je dojam kako računalnom kriminalitetu u hrvatskoj kaznenopravnoj literaturi i dogmatici još uvijek nije posvećena dovoljna pažnja. U radu smo na više mjesta upozorili na sve veći broj i rastuću pogibeljnost kaznenih djela iz ove skupine. Ova djela stavljaju tradicionalnog kaznenog pravnika pred mnoge izazove kojima često nije u stanju odgovoriti zbog nedostatka informatičkog znanja te zbog nepostojanja adekvatnog zakonodavstva. Računalna prijevarena jedno je od takvih djela, koje zbog svoje učestalosti i velike društvene opasnosti zaslužuje posebno mjesto u literaturi. Nadamo se da će ovaj rad potaknuti daljnju raspravu o računalnoj prijevarenju, ali i o računalnom kriminalitetu u cijelosti.

## Summary

### **COMPUTER- RELATED FRAUD IN CROATIAN CRIMINAL LAW**

In this paper, the authors deal with the problem of computer- related fraud. Computer- related fraud, as one of the most common and most dangerous forms of cybercrime in recent years, more and more attracts attention in comparative legal theory and practice. In addition, the Convention on Cybercrime of the Council of Europe demands the parties to implement indirect form of computer- related fraud.

For the first time in Croatian criminal law theory, the authors introduce the terms direct and indirect computer- related fraud, critically analyzing both forms with reference to the Croatian and comparative legislation and practice and give their recommendations for the future.

**Key words:** *fraud, computer system, cyberspace, aggrieved party, banned analogy, attempt.*

## Zusammenfassung

### **COMPUTERBEZOGENER BETRUG IM KROATISCHEN STRA- FRECHT**

In dieser Arbeit beschäftigt man sich mit der Problematik des computerbezogenen Betrugs. Der computerbezogene Betrug, als eine der öftesten und gefährlichsten Formen der Internetkriminalität, gewinnt viel Aufmerksamkeit in komparativer Literatur und Praxis in den letzten Jahren. Außerdem fordert die Europaratskonvention über die Cyberkriminalität, dass Vertragsparteien die indirekte Form des computerbezogenen Betrugs implementieren.

Die Begriffe direkter und indirekter computerbezogener Betrug werden zum ersten Mal in die kroatische strafrechtliche Literatur eingeführt. Ebenfalls werden die beiden Formen kritisch analysiert mit Rückblick auf kroatische und komparative Gesetzgebung und Rechtsprechung. Es werden auch Vorschläge für die Zukunft gegeben.

**Schlüsselwörter:** *Betrug, Computersystem, kibernetisch, Geschädigter, verbotene Analogie, Versuch.*

## RIASSUNTO

### **LA FRODE INFORMATICA NEL DIRITTO PENALE CROATO**

Nel presente lavoro gli autori si occupano della questione della frode informatica. La frode informatica costituisce una delle forme di criminalità cibernetica più frequenti e più pericolose, la quale negli ultimi anni registra una crescente attenzione nell'ambito comparatistico e nella prassi. Inoltre, la Convenzione sulla criminalità cibernetica del Consiglio d'Europa esige da parte dei paesi sottoscrittori la previsione della forma indiretta della frode informatica.

Gli autori per la prima volta introducono nella letteratura penale croata nozioni quali frode informatica diretta ed indiretta, analizzando criticamente entrambe le forme nell'ambito della legislazione croata e comparata, come pure la prassi, suggerendo delle soluzioni per il futuro.

***Parole chiave:** frode, sistema informatico, cibernetico, danneggiato, divieto di analogia, tentativo.*

## RAZVOJ PRAVNE ZAŠTITE MREŽNE NEUTRALNOSTI U PRAVU ELEKTRONIČKIH KOMUNIKACIJA S OSVRTOM NA PRINCIP TRANSPARENTNOSTI

Dr. sc. Tihomir Katulić, viši asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu  
Nenad Bogović, mag. iur.  
Zagreb

UDK: 347.153:004.7  
Ur.: 22. svibnja 2014.  
Pr.: 31. listopada 2014.  
Prethodno priopćenje

### **Sažetak**

*Razvoj novih internetskih usluga, pritisak na rast i unapređenje infrastrukture i korisnička očekivanja predstavljaju izazov za davatelje internetskih usluga. Korisnici očekuju kvalitetan, pristupačan i slobodan pristup internetu koji im dopušta da sami odaberu usluge koje žele koristiti, a ne one koje preferira davatelj internetskih usluga. Mrežna neutralnost relativno je nov pojam u području prava elektroničkih komunikacija. Pravna regulacija mrežne neutralnosti kao zaštićenog koncepta razvoja elektroničkih komunikacija nije adekvatno implementirana u suvremeno zakonodavstvo. Zakonodavstva nekih razvijenih zemalja aktivno su odbacila koncept mrežne neutralnosti kao pravno zaštićene vrijednosti, argumentirajući takav stav potrebom zaštite slobode tržišnog nadmetanja, opasnošću od pretjerane regulacije na razvoj novih usluga itd. Nakon predstavljanja recentnog zakonodavnog paketa pod nazivom Connected Continent, može se zaključiti kako je europski zakonodavac, barem na formalnoj razini, krenuo suprotnim putem.*

**Ključne riječi:** *mrežna neutralnost, elektroničke komunikacije, elektronička trgovina, upravljanje internetom.*

### **1. UVOD**

Posljednjih godina pitanje očuvanja mrežne neutralnosti (eng. *Network Neutrality*, njem. *Netzneutralität*, fr. *Neutralité du réseau*) jedno je od značajnijih pitanja vezanih uz budući razvoj interneta. Ravnopravan i nediskriminirajući tretman podatkovnih paketa predstavlja temelj tehničkih principa na kojima je internet zasnovan i razvijen. Iako razvoj interneta i posebno njegova pravna regulacija nisu samo predmet interesa prava elektroničkih komunikacija, već i posebne pravne

discipline – upravljanja internetom (engl. *internet governance*)<sup>1</sup>, u ovom radu ćemo se zadržati na analizi odredbi regulative iz područja elektroničkih komunikacija.

Na području komunikacijskih tehnologija dolazi do konvergencije tehnologija.<sup>2</sup> Od tehničkog kurioziteta preko znanstvenog instrumenta i laboratorijskog pomagala, internet je prerastao u društveno dominantni komunikacijski medij kojim korisnici ispunjavaju svoju potrebu za informacijama. Internet postaje i dominantni medij za sklapanje poslovnih transakcija.<sup>3</sup> No, što je zapravo Internet i na kojim se, ne samo tehničkim, nego i društvenim i političkim principima njegova struktura temelji?<sup>4</sup> Jesu li ti principi pravno uobličeni i prepoznati te kako njihovo eventualno isključenje utječe na općeprihvaćene vrijednosti?<sup>5</sup> Kao projekt koji je potekao iz rada američke vojne agencije DARPA<sup>6</sup>, koji je osamdesetih otvoren akademskom svijetu, a tek devedesetih širokoj komercijalnoj eksploataciji, internet je u svojim počecima bio neutralna i otvorena mreža. U tom kontekstu, pojam neutralnost znači da je sav podatkovni promet koji prolazi kroz mrežu bio tretiran jednako, svi podatkovni paketi koji teku internetom uživaju isti tretman na svom putu kroz mrežu od izvora do odredišta. S druge strane, otvorenost interneta znači da je moguće spojiti se na internet bilo kojim uređajem koji je kompatibilan za spajanje prema već unaprijed utvrđenom standardu.<sup>7</sup> Otvorena mreža omogućava svakom uređaju koji je spojen na nju da razmjenjuje podatke s bilo kojim drugim uređajem koji je također spojen na tu mrežu.

- 1 Ziewitz, M., Pentzold, C.: *"In Search of Internet Governance: Performing order in digitally networked environments"*, *New Media & Society* 16 (2014.), str. 306. Isto vidi: DeNardis, L.: *"The Emerging Field of Internet Governance"*, Yale Information Society Project Working Paper Series, str. 1, dostupno na adresi: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1678343](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1678343) prema stanju na dan 20. svibnja 2014.
- 2 Blackman, C.: *"Convergence between telecommunications and other media: how should regulation adapt?"* *Telecommunication Policy*, 22:3, 163-170, 1998.
- 3 Obujam i vrijednost poslovnih transakcija pokazuju trend neprekinutog rasta. Samo u 2013., prema podacima Amazona, ovaj je servis isporučio robe u vrijednosti preko 60 milijardi američkih dolara, od čega preko 40 % na međunarodnim tržištima. Ukupan iznos B2B i B2C transakcija približava se brojevi od tisuću milijardi dolara samo na američkom tržištu, v. Torbjorn Fredriksson: *"E-commerce and Development: Key Trends and Issues"*, Workshop on E-commerce, Development and SME's, WTO Geneva, 2013.
- 4 *"Internet je globalni informacijsko-komunikacijski sustav koji povezuje i spaja kompjutorske mreže pojedinih zemalja i organizacija, te tako omogućava posjednicima kompjutora diljem svijeta da putem svojih lokalnih mreža i telefonskih veza međusobno komuniciraju, razmjenjuju informacije i koriste brojne druge usluge. U fizičkom smislu, to je niz međusobno povezanih kompjutorskih mreža, organiziranih na jedinstven način, sa zajedničkim komunikacijskim protokolima i mrežnim uslugama."* Dragičević, D.: *"Kompjutorski kriminalitet i informacijski sustavi"*, str. 28 – 29., Zagreb, 2004.
- 5 Npr. Deklaracija Vijeća Europe o principima upravljanja internetom - *"Declaration by the Committee of Ministers of Europe on Internet governance principles"*, dostupno na adresi: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1835773>, prema stanju na dan 3.4.2014.
- 6 Internet je razvijen kao rezultat projekta ARPANet pokrenutog u okviru Defense Advanced Research Project Agency 1969. godine.
- 7 Popović, Ž.: *"Otvorenost Interneta i neutralnost mreže"*, *Komunikacije*, 47:2/2011, str. 28-29.



Novi trendovi razvoja mrežnih usluga i poslovni modeli zasnovani na iskorištavanju digitalnih sadržaja oblikovali su korisničke navike u pogledu korištenja usluge pristupa internetu. Pojave uzrokovane ponašanjem korisnika utječu na djelatnost davatelja mrežnih usluga, a time posredno i na industriju digitalnih sadržaja (eng. *digital content industry* - glazbeno, filmsko i novinsko izdavaštvo, softverska industrija i industrija računalnih igara itd.) i predstavljaju predmet razmatranja regulatornih tijela na području elektroničkih komunikacija, zaštite potrošača, zaštite osobnih podataka i svih drugih aktera koji utječu na regulatorni okvir djelovanja i razvoja interneta.

Tržište elektroničkih komunikacija i s njim povezana tržišta sadržaja i usluga koje se isporučuju elektroničkim putem izrazito je dinamično. Novi modeli distribucije sadržaja nastaju i brzo osvajaju tržište – a onda ih naizgled preko noći zamijeni sasvim nova platforma.<sup>8</sup> U takvom okružju, razvoj legislative koja će adekvatno pratiti razvoj novih tehnologija i poslovnih modela može se činiti kao uzaludan trud, no važnost elektroničkih komunikacija, usluga i sadržaja za građane traži analizu tih poslovnih modela.

Prije 2010. godine pravni status mrežne neutralnosti nije bio široko prisutan kao predmet istraživanja u komparativnoj pravnoj literaturi. O mrežnoj neutralnosti u američkoj pravnoj literaturi pisali su *Wu*<sup>9</sup> i *Lessig*.<sup>10</sup> Nakon toga, šire konzultacije o mrežnoj neutralnosti između nacionalnih regulatora i ostalih zainteresiranih strana, vodile su se i u Norveškoj<sup>11</sup> i Švedskoj, kao i drugim europskim zemljama.<sup>12, 13</sup> O iskustvima pravne regulacije mrežne neutralnosti, posebice u Nizozemskoj i Čileu, piše *Read*.<sup>14</sup> U Švedskoj je javnu raspravu sa zainteresiranim stranama inicirala švedska vlada, a u raspravi su se bavili problemom otvorenosti interneta u svim

8 Primjerice, *peer to peer* mreže za distribuciju sadržaja, socijalne mreže ili davatelji usluga *on-demand streaming* sadržaja poput *Netflix*a.

9 Wu, Timothy., *Network Neutrality, Broadband Discrimination*“, *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, str. 141, 2003.

10 Lessig, Lawrence: *“Future of Ideas - Fate of the Commons in the Interconnected World”*, Random House, New York, 2001.

11 Norveška vlada smatra da norveški građani trebaju imati pravo sami odlučiti kako će koristiti internetsku podatkovnu vezu. v. *Digital Agenda for Norway*, dostupan na adresi: <http://www.regjeringen.no/en/dep/kmd/documents/white/propositions/2012-2013/meldst-23-20122013-2/3/2.html?id=729020> prema stanju na dan 25.10.2014.

12 OpenForum Academy: *Net Neutrality in the EU*, pregled po državama, 2013., dostupan na adresi: <http://www.openforumacademy.org/library/ofa-research/OFA%20Net%20Neutrality%20in%20the%20EU%20-%20Country%20Factsheets%2020130905.pdf> prema stanju na dan 25.10.2014.

13 Daly, Angela: *“Regulatory Approaches to Net Neutrality in Europe and Beyond”*, predavanje u okviru doktorskog seminara Međunarodnog društva za telekomunikacije (*International Telecommunications Society*) i *Centre for Communication, Media and Information Technologies*, Sveučilišta Aalborg, u Kopenhagenu, 11-12. rujna 2010. Tekst rada dostupan na adresi: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1675744](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1675744), prema stanju na dan 24. listopada 2014.

14 *Ibid Read*, str. 3

njegovim segmentima.<sup>15</sup> Zaključci rasprave uglavnom su se odnosili na potrebu provođenja bitnih mjera za poboljšanje transparentnosti i otvorenosti Interneta, kao i potrebu praćenja stanja na tom području nacionalnog regulatora (*PTS*). Javna rasprava u Norveškoj, koju je inicirao i proveo nacionalni regulator, rezultirala je dogovorom svih zainteresiranih strana, davatelja usluga pristupa internetu, korisnika zastupanih po tijelima za zaštitu potrošača i regulatornih tijela.<sup>16</sup> Mrežna neutralnost, kao vrijednost u kontekstu regulacije elektroničkih komunikacija, do sada nije bila predmetom samostalne analize u domaćoj pravnoj literaturi.<sup>17</sup> Radovi o mrežnoj neutralnosti u stranoj pravnoj književnosti kasne za aktualnim regulativnim razvojem, što je u nesrazmjeru s utjecajem koji pravila (ili odsustvo pravila) o mrežnoj neutralnosti ima na zaštitu potrošača, slobodu tržišnog natjecanja, komercijalno iskorištavanje intelektualnog vlasništva i razvoj novih inovativnih usluga.

Diskutabilno je što sve ulazi u okvir mrežne neutralnosti. Kao preduvjet suvisle legislativne aktivnosti, potrebna je tehnološki neutralna definicija mrežne neutralnosti kao vrijednosti čija se pravna zaštita razmatra, kao i analiza postojećih normi.

U ovom radu pokušat ćemo dati pregled najvažnijih momenata povezanih uz razvoj pravnog okvira mrežne neutralnosti, s posebnim naglaskom na aktualni period u kojem su se aktivnosti na tom području bitno pojačale i u kojem bilježimo prelazak mrežne neutralnosti iz režima samoregulacije i *soft lawa* u vrijednost koja poprima središnje značenje u novoj generaciji pravne regulative na području elektroničkih komunikacija. Ispitat ćemo postojeći pravni okvir u pogledu odredaba koje jamče mrežnu neutralnost i predstaviti ćemo nastajući europski regulatorni okvir u kojemu je predviđen niz mjera koje bi trebale omogućiti očuvanje neutralnosti i otvorenosti interneta. Konačno, predložiti ćemo normativna rješenja radi očuvanja mrežne neutralnosti kao temeljnog načela elektroničke komunikacije.

15 Prema članku „*Open network and services*“, tekst članka dostupan na adresi: <http://www.pts.se/upload/Rapporter/Internet/2009/2009-32-open-networks-services.pdf>, prema stanju na dan 17. siječnja 2014.

16 Sudionici javne rasprave sporazumno su se usuglasili da će se u svojem poslovanju pridržavati nekih osnovnih pravila koja trebaju omogućiti adekvatan razvoj usluga informacijskog društva. Tako su usvojena tri načela – *transparentnosti*, *slobode* i *zabrane diskriminacije*. Načelo *transparentnosti* sastoji se u tome da korisnici imaju pravo na točnu i preciznu informaciju o usluzi koju primaju. Načelo *slobode* podrazumijeva da korisnici imaju pravo slati i primati sadržaj po vlastitoj volji te pritom koristiti za to potrebnu tehnološku opremu i aplikacije po izboru, dok načelo *zabrane diskriminacije* znači da se internetski promet ne smije diskriminirati prema vrsti, izvoru ili odredištu sadržaja, v. *Norwegian Post and Telecommunications Authority (NPT) Guidelines for Internet neutrality*, <http://eng.npt.no/ikbViewer/Content/109604/Guidelines%20for%20network%20neutrality.pdf>, 17. siječnja 2014., str. 2.

17 U kontekstu prava elektroničkih medija o mrežnoj neutralnosti piše Lisićar, Hrvoje: „*Pravo elektroničkih medija*“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2012.

## 2. ODREĐENJE POJMA MREŽNE NEUTRALNOSTI

Sam pojam mrežne neutralnosti (eng. *network neutrality*) je novijeg datuma.<sup>18</sup> No ne postoji opće prihvaćena definicija mrežne neutralnosti.<sup>19</sup> *Lyons* definira mrežnu neutralnost kao načelo jednakog tretmana svog sadržaja i aplikacija davatelja *broadband* usluga.<sup>20</sup> *Read* ga prikazuje u kontekstu načela s kraja na kraj (engl. *end-to-end, e2e*), odnosno organizacije mreže u kojoj su „pametne“ usluge na rubovima (kraju) mreže, a kroz mrežu teče „glup“ promet. Mreža izgrađena na ovom načelu je neutralna jer između rubova ne postoji pametna usluga koja bi mogla diskriminirati promet.<sup>21</sup> *Sidak* razlikuje ekonomske i tehničke momente koji karakteriziraju upravljanje podacima u mrežnom prometu.<sup>22</sup> O mrežnoj neutralnosti u njemačkoj pravnoj književnosti pišu *Krämer i dr.* U Francuskoj, mrežnu neutralnost kao fundamentalnu korisničku slobodu definirala je u Mišljenju br. 2013-1 radna skupina *Conseil National du Numérique*.<sup>23</sup>

Mrežna neutralnost, pojednostavljeno rečeno, odnosi se na mrežu i kako mreža tretira promet koji prolazi kroz nju pa bismo mogli reći da je mreža neutralna ako se sav podatkovni promet koji prolazi kroz nju tretira na jednak način, bez obzira na to iz kojeg izvora dolazi, prema kojemu odredištu ide, kakve je vrste ili tko je nositelj prava na njemu.<sup>24</sup>

Još jedna suvremena definicija mrežne neutralnosti mogla bi glasiti ovako: mreža je neutralna ako se sav promet koji prolazi kroz nju tretira na nediskriminirajući način pri čemu se prijenos paketa podataka preko mreže prilagođava različitim karakteristikama prijenosa koje zahtijevaju različite usluge. Tako npr. sav promet koji se odnosi na vremenski kritične usluge, odnosno usluge koje zahtijevaju određenu konzistentnost i kvalitetu usluge ima prednost pred

18 *Loc. cit.* Wu.

19 Krämer, Wiewiorra, Weinhardt: „*Net neutrality: A progress report*“, *Telecommunications Policy* 37(9). 794–813., 2013.

20 Lyons, Daniel A.: „*Net Neutrality and Nondiscrimination Norms in Telecommunications*“, 54. *Ariz. L. Rev* 1029, 2012.

21 Read, Darren: „*Net Neutrality and the EU electronic communications regulatory framework*“, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 20, Oxford Press, 2012.

22 Sidak, J. Gregory: „*A consumer-welfare approach to network neutrality regulation of the Internet*“, *Journal of Competition Law and Economics*, 2, 349-474, Oxford University Press, 2006.

23 „*Neutralnost komunikacijskih mreža, infrastrukture i pristupa komunikacijskim uslugama otvorenima javnosti elektroničkim putem treba garantirati pristup informacijama i sredstvima izražavanja na nediskriminirajući, pravičan i transparentan način.*“ Balagué, C., Abiteboul, S., Nitot, T., Rudelle, JB., Soufron, JB, Stiegler, B., Tessier, M.: „*The Principle Of Net Neutrality Should Urgently Be Extended And Incorporated Into French Legislation At The Highest Level*“, *Opinion on Net Neutrality n°2013-1 of 1 March 2013*, dostupno na: <http://www.cnummerique.fr/en/net-neutrality/> prema stanju na dan 20. svibnja 2014.

24 Hart, Thomas: „*Net Neutrality and the EU*“, *ASEAN-EU Workshop on Internet Connection and Internet Governance*, Bangkok, 2013., prema izvoru na stranici: [http://readi.asean.org/readi.asean.org/media/files/3%20-%20READI\\_WS\\_Thailand\\_Thomas\\_Hart\\_Net-Neutrality\\_080713.pdf](http://readi.asean.org/readi.asean.org/media/files/3%20-%20READI_WS_Thailand_Thomas_Hart_Net-Neutrality_080713.pdf).

ostalim prometom – npr. video na zahtjev (eng. *video on demand*), glasovna usluga putem IP mreže (eng. *voice over IP*), televizija putem IP mreže (eng. *IPTV*) igre putem interneta i ostale usluge.<sup>25</sup>

### 3. NASTANAK POTREBE ZA REGULACIJOM MREŽNE NEUTRALNOSTI

Zašto se uopće raspravlja o pravnoj zaštiti mrežne neutralnosti i koji su uzroci recentnih napora da se s jedne strane mrežna neutralnost zaštiti kao načelo organizacije elektroničke komunikacije, a s druge pokuša ukinuti kao smetnja daljnjem razvoju elektroničkih komunikacija i tržišta usluga na internetu?

Povijesno gledano, kao princip regulacije mrežnog prometa mrežna neutralnost je proizašla iz koncepta uzajamnog prijevoza<sup>26</sup> koji se koristio u željezničkom prijevozu u Sjedinjenim Američkim Državama krajem devetnaestog stoljeća, a koji je onemogućavao prijevoznike da vrše diskriminaciju prema vrsti tereta i odredišta. Kasnije, razvojem tehnike taj je koncept prenesen na telegraf i telefon, a naposljetku i na internet.<sup>27</sup>

Nove usluge informacijskog društva, posebice one koje sadrže multimedijalne sadržaje, zahtijevaju velike kapacitete za prijenos putem interneta. U najnovije vrijeme, mogli bismo ustvrditi kako razvoj tih usluga pokazuje znakove gotovo eksponencijalnog rasta što je očito iz neovisnih istraživanja o karakteru internetskog podatkovnog prometa.<sup>28</sup> Takav povećan promet predstavlja opasnost od zagušenja mreže. Postojeća informacijska infrastruktura, kako javna tako i ona nastala privatnim investicijama trgovačkih društava – davatelja usluge pristupa internetu (eng. *internet service provider* – *ISP*), pokazuje se nedovoljnom kako bi opslužila rastuću količinu podatkovnog prometa. Kvaliteta usluge opada neovisno o vrsti usluge (širokopojasne usluge pristupa putem žice – DSL tehnologija, kablovska tehnologija ili putem bežičnih komunikacijskih mreža – EDGE, 3G, LTE itd.).

Kako bi riješili problem mrežnog zagušenja, davatelji usluga pristupa prisiljeni su ulagati u mrežne komunikacijske kapacitete, ulagati u razvoj infrastrukture kako bi se povećala propusnost i, ako to nije moguće napraviti u kratkom roku, metodama upravljanja podatkovnim prometom, odnosno davanja prioriteta podatkovnim paketima specifičnima za odabrane usluge pokušati postići bolje iskorištavanje mrežnih resursa. Takva praksa primjene metoda upravljanja prometom može se, u

25 Hahn, R., i Wallsten, S.: “*The economics of net neutrality*”, str 1-7, *The Economists’ Voice*, 3, 2006.; *loc. cit* Krämer i dr.

26 *Loc. cit.*, Krämer i dr.

27 Brautović, M. i Bebić, D.: “*Mrežna neutralnost i Europska Unija: Sadašnje stanje i perspektive*”, *Medijski dijalozi*, 4:10/2011, str. 197.

28 Vidi CISCO-ovo istraživanje o trendovima porasta komunikacijskog prometa, dostupno na adresi: [http://www.cisco.com/en/US/solutions/collateral/ns341/ns525/ns537/ns705/ns827/white\\_paper\\_c11-481360\\_ns827\\_Networking\\_Solutions\\_White\\_Paper.html](http://www.cisco.com/en/US/solutions/collateral/ns341/ns525/ns537/ns705/ns827/white_paper_c11-481360_ns827_Networking_Solutions_White_Paper.html), prema stanju na dan 20. svibnja 2014.

određenim okolnostima, smatrati povredom mrežne neutralnosti. Infrastrukturalna ulaganja u nove mrežne tehnologije iznimno su skupa, što predstavlja veliki materijalni trošak i teret za ISP-ove koji u metodama upravljanja prometom suprotno mrežnoj neutralnosti vide mogućnost prebacivanja dijela tih troškova na industriju sadržaja kao i na same korisnike. S druge strane, korisnici se u odnosu prema davateljima usluga pristupa internetu nalaze u znatno slabijem položaju uzrokovanom asimetričnošću informacija kojima raspolažu davatelji usluga pristupa internetu koji su u položaju upravljati prometom na vlastitoj infrastrukturi.

U retrospektivi, mrežna neutralnost postala je značajan problem i čimbenik u globalnim promjenama u internetskom lancu tek nakon što je informatička tvrtka CISCO 1999. godine tržištu predstavila mrežni usmjernik (engl. *router*) koji je mogao filtrirati pakete podataka, odnosno upravljati prometom mreže.<sup>29</sup> Taj je pronalazak omogućio mrežnim operatorima da kontroliraju koji se paketi podataka prenose mrežom te da usporavaju, daju veći prioritet ili čak blokiraju određene aplikacije i/ili usluge. Slijedom gore navedenoga, takva mogućnost upravljanja prometom mreže danas je praksa mnogih operatora diljem svijeta i koristi se u svim zemljama svijeta, a sve pod izgovorom operatera da im je takva praksa nužna radi izbjegavanja zagušenja mreže zbog preopterećenja i/ili zbog nedostatnih financijskih sredstava za ulaganje u proširenje kapaciteta mreže.

#### **4. MREŽNA NEUTRALNOST, KAPACITET I UPRAVLJANJE MREŽNIM PROMETOM**

Karakter internetskog podatkovnog prometa nije fiksna, već je podložan čestim i značajnim promjenama.<sup>30</sup> Opseg i vrsta prometa koji se prenosi preko mreže vrlo se brzo mijenja, kao što i među korisnicima dolazi do promjene korisničkih navika zbog prihvaćanja novih usluga, uređaja i softverskih aplikacija.<sup>31</sup>

Promjena korisničkih navika i popularizacija novih internetskih servisa predstavlja problem za upravljanje mrežom budući da su različiti servisi različito osjetljivi na izvedbu mreže - posebno u pogledu vremensko kašnjenja i gubitka podatkovnih paketa.<sup>32</sup> Različite usluge, zasnovane na različitim komunikacijskim protokolima posjeduju višu ili nižu razinu otpornosti na gubitak podatkovnih paketa ili promjene u brzini protoka podataka. Primjerice, aktivnosti poput videokonferencija, streaminga video ili audio sadržaja toleriraju povremeni gubitak podatkovnih paketa, no gubitak pet ili više posto podatkovnih paketa dovodi do značajnog pada kvaliteta usluge. Druge aktivnosti, poput igranja *online* igara

29 *Ibid.* Brautović, Bebić, str. 196.

30 *Ibid.* CISCO

31 Z. Jukić, M. Weber, V. Švedek, M. Vuković, D. Katušić, G. Ježić: "Technical aspects of network neutrality", *Telecommunications (ConTEL)*, Proceedings of the 2011 11th International Conference on Telecommunications, str. 406 – 407.

32 *Loc. cit.* Jukić i dr.

(brzo rastuće i financijski vrlo značajne gospodarske grane<sup>33</sup>) imaju mnogo niži prag tolerancije i prema gubitku podatkovnih paketa i prema njihovom kašnjenju (eng. *network latency*<sup>34</sup>). S druge strane, usluge prijenosa podataka *peer to peer*, balansirajući prijenos podataka među desetinama ili stotinama izvora i istovremeno dijeleći podatke prema drugim korisnicima predstavljaju primjer usluge koja je otporna i na povremeni gubitak podatkovnih paketa, kao i na njihovo kašnjenje – problem u prijenosu prema jednom čvoru mreže *peer to peer* imat će u pravilu zanemarivog utjecaja na izvedbe ostalih korisnika.

Ovakva heterogenost zahtjeva stavlja davatelje internet usluga u dvojbu kojoj kategoriji usluga prilagoditi rad mreže što će rezultirati boljim performansama za davatelje i korisnike jedne kategorije usluga potencijalno uzrokujući slabije performanse i nezadovoljstvo davatelja i korisnika drugih kategorija usluga. Naravno, scenarij u kojem se novim investicijama podižu performanse mrežne infrastrukture kako bi se zadovoljilo sve kategorije davatelja i pružatelja usluga predstavlja (često prohibitivno visoke) troškove za davatelja usluga pristupa internetu. Takav scenarij vodi prebacivanju troškova na korisnike kroz više cijene pristupa ili podrazumijeva upotrebu sve sofisticiranijih sustava upravljanja prometom koji će se dinamički prilagođavati trenutnoj situaciji, a koji ne mogu učinkovito djelovati samo na jednom segmentu mreže, već je potrebna šira suglasnost i koordinacija.

U tom kontekstu, upravljanje prometom predstavlja skup različitih metoda koje koriste mrežni operatori kako bi postigli optimalne performanse mreže za različite klase korisnika.<sup>35</sup> Ono je ključno za pravilno funkcioniranje interneta. Metode upravljanja internetskim prometom omogućuju kontrolu sadržaja koji se prenosi internetom. Njima se, primjerice, može utjecati na mogućnost počinitelja da nelegalno distribuiraju autorskim pravom zaštićene digitalne sadržaje ili šire zabranjene sadržaje poput dječje pornografije ili djela diskriminatornog karaktera. Istovremeno, metode upravljanja sadržajem mogu biti predmetom zloupotrebe. Davatelji usluge pristupa internetu mogu usporavati, blokirati i/ili utjecati na prioritete pri odvijanju mrežnog prometa bez znanja krajnjih korisnika.

Kako se krajnje korisnike ne bi zakidalo u njihovim pravima, treba definirati i provoditi politiku transparentnosti (više *infra*) kako bi oni u svakom trenutku znali

33 Prema podacima analitičke kuće *Gartner*, u 2013. godini svjetsko tržište igara iznosilo je oko 93 milijarde dolara, dok će, nastavi li se trend rasta iz prijašnjega razdoblja u 2015. biti vrijedno preko 115 milijardi dolara (ne računajući gubitke uslijed softverskog piratstva itd.). Prema podacima dostupnim na: <http://www.gartner.com/newsroom/id/2614915>, prema stanju na dan 20. svibnja 2014;

34 *Network latency* je pojam koji se koristi kako bi se objasnila pojava kašnjenja podataka u mrežnoj podatkovnoj komunikaciji. Mreže u kojima su kašnjenja podataka kratka zovu se mreže niske latencije (*low latency networks*), dok su mreže visokog stupnja kašnjenja podataka *high latency networks*.

35 Za više o metodama upravljanja internetskim prometom v. „*Network Traffic Management And The Evolving Internet*“, <http://www.ieeeusa.org/policy/whitepapers/IEEEUSAWP-NTM2010.pdf>, prema stanju na dan 3. veljače 2014.

što dobivaju za svoj novac. Ako bi operatori počeli primjenjivati mjere upravljanja prometom koje mogu utjecati na mogućnost da korisnik pristupa internetskim servisima po vlastitom izboru, korisnici usluge trebaju biti svjesni o postojanju i primjeni tih mjera kako bi mogli donijeti informiranu odluku o odabiru operatera i usluge pristupa internetu.

### 5. Razvoj mrežne neutralnosti u SAD-u

Godine 2004. američka regulatorna agencija za telekomunikacije – *Federal Communications Commission* (FCC) najavila je zakonsku regulaciju četiri korisničke slobode u pogledu korištenja telekomunikacijskih usluga – slobodu pristupa sadržaju, slobodu pokretanja aplikacija, slobodu odabira i korištenja uređaja i pravo na pristup informacijama o karakteru i uvjetima telekomunikacijske usluge.<sup>36</sup>

Najpoznatiji predmet iz prakse u tom je razdoblju slučaj velikog operatera kablovske televizije i pristupa internetu, trgovačkog društva ComCast iz Sjedinjenih Američkih Država iz 2007. godine, koji je svoj sudski epilog dobio 2010. godine. ComCast je, uočivši veliko prometno opterećenje mreže uslijed popularnosti usluga *peer to peer* (*P2P*), počeo korisnicima koji su koristili te usluge blokirati ili usporavati promet.<sup>37</sup> Za ilustraciju, u istom razdoblju prema već navedenom istraživanju CISCO-a, promet *P2P* predstavljao je dominantni oblik prijenosa podataka u ukupnom internetskom podatkovnom prometu.<sup>38</sup> ComCast o tim mjerama upravljanja prometom nije obavijestio svoje korisnike. Nakon otkrića o postojanju mjera kojima su korisnici usluga *P2P* bili podvrgnuti, 2007. godine o toj praksi ComCasta obaviješten je i FCC. U kolovozu 2008. godine FCC je od ComCasta zatražio da prekine s praksom usporavanja ili blokiranja prometa *P2P* navodeći da takva praksa predstavlja diskriminaciju i nije u skladu s pravilima o razumnom upravljanju mrežom. Comcast je, kao odgovor na to, odmah podigao tužbu pred američkim federalnim sudom u kojoj je osporavao FCC-ovu nadležnost u tome sporu kojeg je FCC, nakon višegodišnjeg postupka, izgubio.

U travnju 2010. godine američki prizivni sud odlučuje da FCC nije imao ovlasti propisati pravila o osiguranju mrežne neutralnosti u prethodno spomenutome predmetu *ComCast*.<sup>39</sup> U svibnju 2010. godine, FCC objavljuje novu strategiju

36 Powell, Michael: “*Preserving Internet Freedom: Guiding Principles for the Industry*”, Silicon Flatirons Symposium on “*The Digital Broadband Migration: Toward a Regulatory Regime for the Internet Age*”, University of Colorado School of Law, Boulder, Colorado, 2004.

37 *Comcast vs FCC Federal Court Ruling, Comcast Corp. v. FCC*, 600 F. 3d 642 - Court of Appeals, Dist. of Columbia Circuit 2010.

38 *Ibid.* CISCO

39 Unatoč toj odluci, FCC ne odustaje od politike zaštite otvorenosti interneta kako bi se potaknule daljnja ulaganja u jačanje mrežne infrastrukture i zaštita kvalitete usluge za krajnje korisnike. FCC smatra da odluka suda ne brani druge regulatorne mehanizme kojima bi se ti ciljevi ostvarili. *Ibid. Comcast vs. FCC*, str. 34 – 36.

koju naziva *Treći put*,<sup>40</sup> a koja bi mu trebala omogućiti kontrolu internet pristupa kroz poseban tretman segmenta internetske usluge koji se odnosi na komponentu transporta širokopojasnog pristupa. Širokopropusni pristup, umjesto da ostane klasificiran kao informacijska usluga, bio bi u istoj klasi kao i telekomunikacijske usluge, čime bi automatski i uz određene rezerve, i za njega vrijedila pravila koja se odnose na telekomunikacijske usluge. FCC je na ovaj način pokušao ponovno vratiti nadzor nad širokopojasnim uslugama, a koji mu je uskraćen ranije spomenutom odlukom u slučaju *ComCast*.

U kolovozu 2010. godine veliki mobilni operater Verizon Communications i pretraživački div Google, koji i sam razvija novu generaciju širokopojasne usluge brzog pristupa internetu, donose zajednički prijedlog posebnog okvira za rješavanje pitanja otvorenosti i mrežne neutralnosti u SAD-u.<sup>41</sup> Kao najbitniji elementi tog okvira ističu se:

1. Zaštita krajnjih korisnika - krajnjim korisnicima trebalo bi dati mogućnost slanja i primanja zakonitoga mrežnog sadržaja te korištenja legalnih aplikacija i usluga prema vlastitoj volji;

2. Zabrana diskriminacije - operator ne bi smio neopravdano diskriminirati legalni sadržaj, aplikacije ili usluge na način koji bi prouzročio štetu tržišnom natjecanju ili korisnicima;

3. Transparentnost - operateri bi imali obvezu davanja točnih i preciznih informacija koje bi bile razumljive prosječnom korisniku;

4. Upravljanje mrežama - operateri bi po tome zadržali pravo razumnog upravljanja mrežom, koje bi uključivalo sve mjere koje bi bilo potrebno poduzeti radi smanjenja zagušenja mreže, očuvanja integriteta i sigurnosti mreže, djelovanja protiv neželjenog ili štetnog sadržaja i sl. Naravno, operaterima se dopušta da i dalje na uobičajen način upravljaju mrežom kako bi se sačuvali potrebni kapaciteti mreže;

5. Dodatne usluge: - opcija koja nudi mogućnost davateljima usluge da ponude specijalizirane usluge u okviru svoje poslovne ponude kao usluge koje se dodatno naplaćuju. FCC bi bio obavezan jednom godišnje sastaviti izvješće o tome ugrožavaju li i na koji način te dodatne usluge uslugu pristupa internetu.

Prijedlog Googlea i Verizona nije dojmio američkog regulatora. FCC je u narednom razdoblju nastavio raditi na razvoju pravila kojima bi se zaštitila mrežna neutralnost kao temeljna vrijednost otvorenog interneta. Tako je krajem 2010. donešen *Open Internet Order*<sup>42</sup> kojim je operaterima kablenskog interneta i telefonije

40 Očitovanje FCC "*The Third Way: A Narrowly Tailored Broadband Framework*", <http://www.broadband.gov/the-third-way-narrowly-tailored-broadband-framework-chairman-julius-genachowski.html>, 23. siječnja 2014.

41 *Verizon – Google Legislative Framework Proposal*, prema izvornom tekstu dostupnom na adresi: [http://static.googleusercontent.com/media/www.google.com/hr//googleblogs/pdfs/verizon\\_google\\_legislative\\_framework\\_proposal\\_081010.pdf](http://static.googleusercontent.com/media/www.google.com/hr//googleblogs/pdfs/verizon_google_legislative_framework_proposal_081010.pdf), na dan 24. siječnja 2014.

42 Puni tekst dostupan je na adresi: [http://hraunfoss.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-10-201A1\\_Rcd.pdf](http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Rcd.pdf).



zabranjeno ometati korisnike u pristupu određenim web stranicama.<sup>43</sup> *Open Internet Order* zasnovan je na tri glavna načela: transparentnosti, zabrani blokiranja legalnog prometa i zabrani diskriminacije prometa<sup>44</sup>. Operateri su načelno slobodni upravljati prometom kako bi osigurali kvalitetu usluge za korisnike kao i nuditi usluge čija se cijena razlikuje u odnosu na propusnost dostupnu korisnicima. Ovim propisom FCC je ustanovio i *Open Internet Advisory Committee* kako bi FCC lakše pratio primjenu i učinke predloženih pravila.

Godine 2012. dva najveća američka davatelja usluga pristupa internetu, ranije spomenuti ComCast (vodeći na tržištu kablovskih usluga) i AT&T (vodeći na području tržištu mobilnih i usluga xDSL-a) prijavljeni su FCC-u zbog ograničavanja pristupa popularnim online video streaming web stranicama (ComCast), odnosno blokiranja usluge (AT&T i Appleova usluga FaceTime), čime su povrijeđena dva od tri osnovna načela na kojima se temelji *Open Internet Order*. Početkom ove godine, prizivni sud u Washingtonu u predmetu *Verizon v. FCC* presudio je kako FCC nema ovlasti primijenjivati pravila o mrežnoj neutralnosti s obzirom na to da se pružatelji pristupa internetu ne mogu podvesti pod pravila o *common carriers*, odnosno redovitim pružateljima usluga kako ih definira američki propis o telekomunikacijama. Odluka suda, koliko god privremena<sup>45</sup>, smatra se ukidanjem pravila o mrežnoj neutralnosti u pravnom okviru SAD-a.<sup>46</sup>

## **6. MREŽNA NEUTRALNOST I EUROPSKO I HRVATSKO PRAVO ELEKTRONIČKIH KOMUNIKACIJA**

Kako bismo mogli u kontekstu relevantnih propisa analizirati položaj mrežne neutralnosti kao zaštićene vrijednosti u domaćem i europskom zakonodavstvu, ovdje donosimo kratki pregled relevantne legislative za područje elektroničkih komunikacija.

- 43 Primarno *Netflixu*, popularnom *video-on-demand* streaming webu koji je brojem korisnika počeo ugrožavati operatere kablovske i IP-televizije i njihove usluge.
- 44 *Transparentnost* - davatelji internetskih usluga dužni su objaviti jasne informacije o karakteristikama internetske usluge, o uvjetima korištenja i o korištenju metoda za upravljanje mrežama; *Zabrana blokiranja* - davatelji internetskih usluga nepokretnih internetskih priključaka ne smiju blokirati legalan sadržaj, aplikacije, usluge ili uređaje dok operatori pokretnih priključaka ne smiju blokirati legalne webstranice ili aplikacije koje su konkurencija njihovim govornim uslugama ili njihovim video-konferencijama; *Zabrana neopravdane diskriminacije* - operatori nepokretnih priključaka internetskog pristupa ne smiju bez valjana razloga diskriminirati mrežni prijenos legalnog sadržaja.
- 45 Kongres Sjedinjenih Država ubrzo je zaprimio zakonski prijedlog Demokratske stranke pod nazivom "*Open Internet Preservation Act of 2014*", kojim se traži održanje FCC pravila o mrežnoj neutralnosti do kraja postupka povodom odluke suda u *Verizon vs. FCC*, s obzirom na to da je FCC najavio žalbu na odluku suda. Prema izvoru: <http://democrats.energycommerce.house.gov/sites/default/files/documents/Bill-Text-Waxman-Eshoo-Open-Internet-Preservation-Act-2014-1-24.pdf>, na dan 7.4. 2014.
- 46 Roberts, J. J.: „*Court strikes down FCC’s net neutrality rules, agency may appeal*”, dostupno na adresi: <http://gigaom.com/2014/01/14/breaking-court-strikes-down-fccs-net-neutrality-rules/>, prema stanju na dan 30. siječnja 2014.

### 6.1. Trenutno stanje

U okviru europskog zakonodavstva u ovom radu razmatrat će se odredbe Povelje o temeljnim pravima<sup>47</sup> kojom se jamče određena politička, socijalna i gospodarska prava državljana i stanovnika EU-a, i to na razini nadnacionalnog propisa koji vrijedi na cijelom prostoru EU-a, zatim Ugovora o funkcioniranju EU-a,<sup>48</sup> Rezolucije Europskog parlamenta o otvorenosti interneta i mrežnoj neutralnosti u Europi,<sup>49</sup> Deklaracije Europske komisije o mrežnoj neutralnosti<sup>50</sup> te nekoliko direktiva: Direktiva o zajedničkom regulatornom okviru za elektroničke komunikacijske mreže i usluge<sup>51</sup>, Direktiva o univerzalnoj usluzi<sup>52</sup>, Direktiva o pristupu i međusobnom povezivanju (interkonekciji) elektroničkih komunikacijskih mreža i povezanih usluga<sup>53</sup>, Direktiva 2009/140/EC o boljoj regulaciji,<sup>54</sup> Direktiva 95/46/EC o zaštiti osoba vezano za obradu osobnih podataka<sup>55</sup> i Direktiva 2002/58/

47 Charter of Fundamental Rights of the European Union, Official Journal of the European Communities, 2000/C, 364/01, sv. 43, 18. prosinca 2000.

48 Ugovor o funkcioniranju Europske unije (UFEU), Službeni list EU, C115, sv. 51, 9. svibnja 2008.

49 European Parliament Resolution of 17 November 2011 on the open internet and net neutrality in Europe, Official Journal of the European Communities, 2013/C 153 E/15, CE 153/28, 31. svibnja 2013.

50 European Commission Declaration on Network Neutrality, Official Journal of the European Communities 2009/C 308/02, 18. prosinca 2011.

51 Direktiva 2002/21/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. ožujka 2002. o zajedničkom regulatornom okviru za elektroničke komunikacijske mreže i usluge (Okvirna direktiva), Službeni list EU, 13 svezak 49 posebno izdanje 2013, L 108/33 07.03.2002.

52 Direktiva 2002/22/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. ožujka 2002. o univerzalnoj usluzi i pravima korisnika u vezi s elektroničkim komunikacijskim mrežama i uslugama (Direktiva o univerzalnoj usluzi), SL EU.

L 108/51, Posebno izdanje 2013, 13. Industrijska politika i unutarnje tržište, sv. 50. Ova je Direktiva izmijenjena Direktivom Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2009. o izmjeni Direktive 2002/22/EZ o univerzalnim uslugama i pravima korisnika s obzirom na elektroničke komunikacijske mreže i usluge (Direktiva o univerzalnoj usluzi), Direktive 2002/58/EZ o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u sektoru elektroničkih komunikacija (Direktiva o privatnosti i elektroničkim komunikacijama) i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 o suradnji između nacionalnih tijela odgovornih za provedbu zakona o zaštiti potrošača, Službeni list EU L 337/11, Službeni list Europske unije, Posebno izdanje 2013. 13. Industrijska politika i unutarnje tržište Svezak 052, 23. svibnja 2013.

53 Direktiva 2002/19/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. ožujka 2002. o pristupu i međusobnom povezivanju elektroničkih komunikacijskih mreža i pripadajuće opreme (Direktiva o pristupu), Službeni list Europske unije, Posebno izdanje 2013., 13. Industrijska politika i unutarnje tržište, sv. 38.

54 Direktiva 2009/140/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2009. o izmjeni Direktive 2002/21/EZ o zajedničkom regulatornom okviru za elektroničke komunikacijske mreže i usluge, Direktive 2002/19/EZ o pristupu i međusobnom povezivanju elektroničkih komunikacijskih mreža i pripadajuće opreme, te Direktive 2002/20/EZ o ovlaštenju u području elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga, Službeni list Europske unije, Posebno izdanje 2013., 13. Industrijska politika i unutarnje tržište, sv. 50.

55 Direktiva 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka, Službeni list Europske unije, Posebno izdanje 2013, 13. Industrijska politika i unutarnje tržište, sv. 7.

EC o privatnosti i elektroničkim komunikacijama.<sup>56</sup>

Pravna regulacija mrežne neutralnosti u europskoj pravnoj stečevini postoji relativno kratko vrijeme. Paket propisa koji reguliraju europsko tržište elektroničkih komunikacija, koji uključuje Direktivu 2009/140/EC o boljoj regulaciji, Direktivu 2009/136/EC o univerzalnoj usluzi i Uredbu BEREC<sup>57</sup>, usvojen 2009. trebao je u nacionalna zakonodavstva biti implementiran do 2011. godine, što je uglavnom i ispunjeno. Novi regulatorni okvir trebao je očuvati otvoren i neutralan karakter interneta, ne zabranjujući metode upravljanja prometom niti propisujući koje se metode smiju koristiti, već se zadovoljavajući odredbom da metode upravljanja prometom trebaju zadovoljiti nacionalni i europski zakonodavni okvir. U taj regulatorni okvir ugrađen je i mehanizam koji omogućuje nacionalnim regulatornim tijelima određivanje najniže razine kvalitete usluge, što je i navedeno u čl. 8. st. 4. t. g) Direktive o univerzalnoj usluzi. Smatra se da se minimalna kvaliteta usluge treba primijeniti samo u slučaju u kojem bi pojačana transparentnost u kombinaciji s djelotvornim tržišnim natjecanjem zakazala u rješavanju pitanja mrežne neutralnosti.

Središnje mjesto u domaćem okviru pripada Zakonu o elektroničkim komunikacijama<sup>58</sup> koji je na snagu stupio 2008. godine, zamijenivši Zakon o telekomunikacijama.<sup>59</sup> Na temelju tog Zakona usvojen je Pravilnik o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža.<sup>60</sup>

Osim Zakona o elektroničkim komunikacijama, u domaću regulativu koja se odnosi na razvoj elektroničke komunikacije, elektroničke trgovine i povezanih usluga također se odnose sljedeći zakoni: Zakon o elektroničkoj trgovini<sup>61</sup>, Zakon o elektroničkom potpisu<sup>62</sup>, Zakon o elektroničkom novcu<sup>63</sup>, Zakon o elektroničkim medijima<sup>64</sup>, Zakon o Hrvatskoj radioteleviziji<sup>65</sup>, Zakon o audiovizualnim djelatnostima<sup>66</sup>, Zakon o elektroničkoj ispravi<sup>67</sup>, Zakon o informacijskoj sigurnosti<sup>68</sup>, Zakon o

56 Direktiva 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija (Direktiva o privatnosti i elektroničkim komunikacijama), Službeni list Europske unije, Posebno izdanje 2013., 13. Industrijska politika i unutarnje tržište, sv. 7.

57 BEREC je Tijelo europskih regulatora za elektroničke komunikacije (*Body of European Regulators for Electronic Communications*) osnovano 2009. v. Regulation (EC) No 1211/2009 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 establishing the Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) and the Office. Službeni list Europske unije, L 337, 18.12.2009., str. 1–10

58 Zakon o elektroničkim komunikacijama (ZEK), NN 73/08, 90/11, 133/12, 80/13.

59 Zakon o telekomunikacijama, NN 122/03, 158/03, 177/03, 60/04 i 70/05.

60 Pravilnik o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža, NN 154/2011.

61 Zakon o elektroničkoj trgovini, NN 173/03, 67/08, 36/09, 130/11, 30/14.

62 Zakon o elektroničkom potpisu (ZEP), NN 10/02, 80/08.

63 Zakon o elektroničkom novcu, NN 139/10.

64 Zakon o elektroničkim medijima, NN 153/09, 84/11, 94/13, 136/13.

65 Zakon o Hrvatskoj radioteleviziji, NN 137/10, 76/12.

66 Zakon o audiovizualnim djelatnostima, NN 76/07, 90/11.

67 Zakon o elektroničkoj ispravi, NN 150/05.

68 Zakon o informacijskoj sigurnosti, NN 79/07.

zaštiti potrošača<sup>69</sup> i Zakon o medijima.<sup>70</sup>

U rujnu 2010. godine Odbor ministara Vijeća Europe usvojio je Deklaraciju o mrežnoj neutralnosti.<sup>71</sup> Deklaracija poziva na promicanje i zaštitu ljudskih prava slobode izražavanja i pristupa informacijama na internetskoj mreži, zaštitu privatnog života i dopisivanja, slobode misli, izbora vjerskog uvjerenja, slobodnog udruživanja, obrazovanja, zaštitu imovine i prava koja su zajamčena Europskom konvencijom o ljudskim pravima. Posebno se ističe važnost interneta kao mreže kojom korisnici moraju imati mogućnost pristupa informacijama i sadržaju prema vlastitom izboru te politika transparentnosti prema krajnjim korisnicima.

Sredinom listopada 2011. godine, BEREC-ova stručna radna skupina za mrežnu neutralnost je izradila Smjernice za poboljšanu transparentnost u pogledu dosega mrežne neutralnosti<sup>72</sup> te izdala dokument pod nazivom Okvir za kvalitetu usluge u kontekstu mrežne neutralnosti.<sup>73</sup> Sredinom studenoga 2011. godine, Europski parlament usvojio je svoju prvu Rezoluciju o otvorenosti interneta i mrežnoj neutralnosti u Europi.<sup>74</sup> U rezoluciji članovi EU Parlamenta pozivaju Europsku komisiju da, u suradnji s BEREC-om i državama članicama, pažljivo prati razvoj prakse upravljanja prometom, i to posebno blokiranja, usporavanja ili precjenjivanja pojedinih usluga kao što su prijenos podataka *VoIP* ili P2P. Nadalje, od Komisije se zahtijeva i da se pobrine za to da operatori ne blokiraju, usporavaju, diskriminiraju ili narušavaju sposobnost bilo koje osobe da koristi uslugu pristupa internetu te koristi, šalje i/ili prima podatke bilo kojeg sadržaja, bez obzira na to koji je izvor ili svrha istih. Ono što je EU Parlament istaknuo, a što je možda i najvažnije, jest da je prvi put izričito naglašeno da regulacija mrežne neutralnosti treba biti sadržana u pravu EU-a.

Krajem veljače 2012. godine, BEREC pokreće javnu raspravu na području mrežne neutralnosti.<sup>75</sup> Kao rezultat tih konzultacija usvojen je Prijedlog smjernica za kvalitetu usluge u pogledu mrežne neutralnosti<sup>76</sup>, Izvješće o različitoj praksi

69 Zakon o zaštiti potrošača, NN 41/14.

70 Zakon o medijima, NN 59/04, 84/11, 81/13.

71 *Declaration of the Committee of Ministers on Network Neutrality*, tekst dostupan na adresi: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1678287>, prema stanju na dan 24. siječnja 2014.

72 BEREC Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality: Best practices and recommended approaches, broj dokumenta BoR (11) 67, dostupan na stranici: [http://berec.europa.eu/doc/berec/bor/bor11\\_67\\_transparencyguide.pdf](http://berec.europa.eu/doc/berec/bor/bor11_67_transparencyguide.pdf), prema stanju na dan 25.10. 2014.

73 Dostupan na adresi: [http://berec.europa.eu/doc/berec/bor/bor11\\_53\\_qualityservice.pdf](http://berec.europa.eu/doc/berec/bor/bor11_53_qualityservice.pdf), na dan 19. svibnja 2014.

74 Tekst Rezolucije Europskog parlamenta 2011/2866(RSP) o otvorenosti interneta i mrežnoj neutralnosti u Europi, dostupan na adresi: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0511+0+DOC+XML+V0//EN>, prema stanju na dan 28. siječnja 2014.

75 BEREC public consultation on Net Neutrality, [http://berec.europa.eu/files/news/bor\\_13\\_34\\_public\\_consultations.pdf](http://berec.europa.eu/files/news/bor_13_34_public_consultations.pdf), 29. siječnja 2014.

76 BEREC *Draft Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality*, broj dokumenta BoR (12) 131, dostupan na adresi: [http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/regulatory\\_best\\_practices/guidelines/1101-berec-guidelines-for-quality-of-service-in-the-scope-of-net-neutrality](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/1101-berec-guidelines-for-quality-of-service-in-the-scope-of-net-neutrality), prema stanju na dan 25.10. 2014.

operatora pri upravljanju prometom i pitanjima vezanima za zaštitu tržišnog natjecanja<sup>77</sup> te Izvješće o procjeni IP međupovezanosti u kontekstu mrežne neutralnosti<sup>78</sup>.

Što se tiče implementacije pravila o mrežnoj neutralnosti u nacionalno pravo zemalja članica EU-a, europska zakonodavna praksa bilježi prvi primjer zakonski regulirane mjere ostvarivanja mrežne neutralnosti na svijetu. U svibnju 2012. godine, u nizozemskom parlamentu donesena je prva zakonska mjera koja se tiče mrežne neutralnosti.<sup>79</sup> Tom su odlukom osujećene namjere nizozemskog operatera da, koristeći tehnologiju dubinsko ispitivanje podatkovnih paketa (eng. *Deep Packet Inspection – DPI*)<sup>80</sup>, kontrolira i različito naplaćuje usluge koje se koriste putem mreže te prisluškuje i isključuje korisnike iz mreže. Iako je ova mjera široko pozdravljena kao korak naprijed u zaštiti prava korisnika i slobodi razvoja novih usluga, o njenoj učinkovitosti i posljedicama u stručnoj javnosti ne postoji konsenzus.<sup>81</sup>

Krajem 2012., Slovenija je kao druga članica EU-a usvojila novi zakonodavni okvir o mrežnoj neutralnosti.<sup>82</sup> Njime je potvrdila načela otvorenog i neutralnog karaktera interneta kao javne mreže te zabranila diskriminaciju prometa koji teče kroz nju, bez obzira na to koje je vrste promet i/ili usluga koja se prenosi. Kao najbitnija odredba novog zakona pojavljuje se čl. 23., kojim se operatorima zabranjuje da ograničavaju, odgađaju ili usporavaju internetski promet, osim ako je

77 BEREC Draft Report for public consultation “*Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality*”, broj dokumenta BoR (12) 31, dostupan na stranici BEREC na adresi: [http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/public\\_consultations/35-berec-draft-report-for-public-consultation-differentiation-practices-and-related-competition-issues-in-the-scope-of-net-neutrality](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/public_consultations/35-berec-draft-report-for-public-consultation-differentiation-practices-and-related-competition-issues-in-the-scope-of-net-neutrality), prema stanju na dan 25.10.2014.

78 BEREC Draft Report “*Assessment of IP-interconnection in the context of net neutrality*”, broj dokumenta BoR (12) 33, dostupan na adresi: [http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/public\\_consultations/33-berec-draft-report-assessment-of-ip-interconnection-in-the-context-of-net-neutrality](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/public_consultations/33-berec-draft-report-assessment-of-ip-interconnection-in-the-context-of-net-neutrality) prema stanju na dan 25.10.2014.

79 Van Dalen, Door Ot: „*Netherlands first country in Europe with net neutrality*“, dostupno na adresi: <https://www.bof.nl/2012/05/08/netherlands-first-country-in-europe-with-net-neutrality/>, prema stanju na dan 19. svibnja 2014.

80 *Deep Packet Inspection* je oblik filtriranja podatkovnih paketa koji ispituje podatkovni dio paketa u potrazi za nestandardno oblikovanim paketima, virusima, spamom, pokušajima neovlaštenog pristupa i drugim podacima kako bi se odlučilo treba li podatkovni paket propustiti dalje u komunikacijsku mrežu. Langlois, Stephane Leman: „*Net Neutrality and Deep Packet Inspection: Discourse and Practice*“, Office of the Privacy Commissioner of Canada, Deep Packet Inspection Essay Project, dostupno na adresi: [http://www.priv.gc.ca/information/research-recherche/dpi\\_index\\_e.asp](http://www.priv.gc.ca/information/research-recherche/dpi_index_e.asp); prema stanju na dan 19. svibnja 2014.

81 Tako npr. neki od članova BEREC-ove radne skupine o mrežnoj neutralnosti izrazili su zabrinutost povodom usvajanja ove mjere smatrajući da je usvojena preuranjeno bez uzimanja u obzir sve potencijalne posljedice koje mogu nastati u budućnosti, prvenstveno u pogledu razvoja novih usluga i tržišta elektroničkih komunikacija.

82 Genna, I.: „*Slovenia reinforces net neutrality principles*“, dostupno na adresi: <http://radio-bruxelleslibera.wordpress.com/2013/01/03/slovenia-reinforces-net-neutrality-principles/>, prema stanju na dan 29. siječnja 2014.

to nužno radi očuvanja sigurnosti mreže ili rješavanja zastoja. Naime, time se želi reći da je upravljanje prometom izričito zabranjeno u svim ostalim slučajevima, jer se time smatra da se onda to čini iz čistog komercijalnog interesa. Konkretna utjecaj novih pravila snažno će ovisiti o provedbi istih slovenskog nacionalnog regulatora APEK-a.

Hrvatski Zakon o elektroničkim komunikacijama eksplicitno ne spominje, definira ili razrađuje pojam mrežne neutralnosti. Adekvatnih odredbi nema niti u Zakonu o elektroničkoj trgovini, Zakonu o elektroničkim medijima, Zakonu o zaštiti potrošača i ostalim ranije navedenim propisima. Znači li to da u aktualnom hrvatskom pravnom okviru mrežna neutralnost kao načelo regulacije mrežnog podatkovnog prometa ne uživa nikakvu zaštitu?

Mjestimično, u odredbama o zabrani diskriminacije korisnika, operatera korisnika i drugih subjekata<sup>83</sup> može se zaključiti kako je zakonodavac bio svjestan potrebe regulacije mrežne neutralnosti, ali na neizravan i nedovoljno razvijen način.

## 6.2. *Transparentnost kao načelo u regulaciji mrežne neutralnosti*

Transparentnost u kontekstu mrežne neutralnosti odnosi se na nedvosmisleno, razumljivo, dostupno, usporedivo i precizno informiranje korisnika o internetskoj usluzi pri kojemu nema prikrivenih elemenata ili odredbi koje bi mogle uzrokovati nedopustivo široko tumačenje i primjene metoda upravljanja prometom.<sup>84</sup>

Postojanje transparentnosti u kombinaciji s učinkovitim tržišnim natjecanjem, u većini slučajeva, daje optimalne rezultate u borbi za očuvanjem izvornih obilježja interneta kao otvorene i neutralne mreže. Kada je korisnik dobro informiran o usluzi i kvaliteti usluge, proizlazi da će prije sklapanja ugovora s davateljem usluge, izvršiti izbor i odabrati internetsku uslugu onoga operatora koji mu nudi najpovoljniju cijenu za određenu razinu kvalitete usluge. Najpovoljnija usluga bila bi ona koja daje najveću brzinu prijenosa podataka uz najmanju cijenu uz najvišu razinu kvalitete usluge (stalnu dostupnost, odnosno odsustvo smetnji i prekida u radu). Ako davatelj usluge, za vrijeme trajanja ugovornog odnosa, počne primjenjivati mjere upravljanja prometom koje bi bile nepovoljne za korisnika i o toj novoj praksi ga dobro informira, korisnik može odlučiti promijeniti operatora i izabrati onoga koji nudi cjenovno i/ili kvalitativno najpovoljniju uslugu.

Postojeći europski regulatorni okvir sadrži odredbe koje se odnose na transparentnost u okviru regulacije djelatnosti davanja usluga pristupa internetu. Tako npr. čl. 20. st. 1. toč. b) Direktive o univerzalnoj usluzi koji se odnosi na ugovore koje sklapaju operatori i krajnji korisnici propisuje da ugovori, između ostalog, moraju sadržavati podatke o dodatnim uvjetima koji bi ograničavali pristup i/ili korištenje aplikacija ili usluga, podatke o minimalnoj kvaliteti usluge koju pruža operator,

83 ZEK čl. 5. st. 2., čl. 16. st. 5., čl. 22. st. 2., čl. 25. st. 4. itd.

84 *BEREC Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality: Best practices and recommended approaches*, prema izvoru na adresi: [http://berec.europa.eu/doc/berec/bor/bor11\\_67\\_transparencyguide.pdf](http://berec.europa.eu/doc/berec/bor/bor11_67_transparencyguide.pdf), 14. siječnja 2014.

podatke o metodama koje izabrani operator koristi za mjerenje brzine prometa ili za upravljanje prometom radi izbjegavanja zagušenja mreže i podatke o potencijalnim ograničenjima koja bi se odnosila na korisnikovu opremu. Bitno je istaknuti da gore navedeni elementi ugovora nisu taksativno navedeni, što znači da svaki operator, ovisno o svojim uvjetima poslovanja, može u ugovor staviti i dodatne uvjete. Nadalje, u četvrtom stavku istog članka navedeno je da, u slučaju promjene nekih od bitnih elemenata ugovora od strane operatora, korisnik može raskinuti ugovor bez plaćanja ikakvih ugovornih kazni.

Čl. 21. st. 3. toč. c) i d) Direktive o univerzalnoj usluzi govori o tome da nacionalni regulator može odrediti dodatne elemente ugovora između krajnjeg korisnika i operatora. Ako operator želi promijeniti neki od elemenata sklopljenog ugovora, dužan je o tome obavijestiti korisnika. U suprotnom, dolazi do posljedica koje su navedene u ugovoru ili klauzulama ugovora. Isto tako, ako operator koristi neke metode upravljanja prometom on će biti dužan, na zahtjev nacionalnog regulatora, o tome obavijestiti korisnika. Čl. 22. st. 3. iste Direktive daje pravo nacionalnom regulatoru da, ako to želi, odredi parametre o minimalnoj kvaliteti usluge koju će onda operatori biti dužni mjeriti i o rezultatima mjerenja obavještavati sve zainteresirane.

Da bi se što bolje primijenili i pojasnili ranije navedeni članci te osigurala što veća razina transparentnosti prema svima zainteresiranima, važne su sljedeće točke preambule iz novog regulatornog okvira: toč. 24., 28., 29., 31. i 34. preambule Direktive o izmjenama Direktive o univerzalnoj usluzi, toč. 30. i 31. preambule Direktive o univerzalnoj usluzi i toč. 4. preambule Direktive o boljoj regulaciji. U toč. 28. preambule Direktive o univerzalnoj usluzi o pravima građana navedeno je da korisnik ima pravo na izbor sadržaja koji prima i/ili šalje, kao i pravo na izbor usluga, aplikacija, softvera i hardvera koji se pri tome koriste. Nadalje, svaki korisnik ima pravo na točnu i svakodobnu informaciju o potencijalnom ograničavanju ugovorene usluge.

U toč. 30. i 31. preambule Direktive o univerzalnoj usluzi posebno se naglašava važnost korisničkih ugovora između operatora i korisnika. Potrebno je omogućiti dostupnost podataka o cijenama, tarifama i uvjetima korištenja kako bi krajnji korisnici mogli izabrati uslugu koja najviše odgovara njihovim preferencijama i potrebama, a korisnici moraju imati i pristup javno objavljenim informacijama o uslugama. Državama članicama treba se omogućiti kontrola usluga koje se pružaju na njihovom teritoriju, a nacionalnim regulatorima redovito prikupljanje podataka o kvaliteti usluga koje se nude na način da se ponuđene usluge mogu uspoređivati.

Toč. 24. preambule Direktive o izmjenama Direktive o univerzalnoj usluzi govori o korisničkim ugovorima i o potrebi da svako ograničenje koje se odnosi na terminalnu opremu korisnika, mora biti opisano u ugovoru.<sup>85</sup> Toč. 29. preambule iste Direktive pojašnjava da Direktiva o univerzalnim uslugama niti propisuje niti zabranjuje operatorima da upravljaju prometom kada je to u skladu sa zakonom

<sup>85</sup> Kao primjer takvog ograničenja terminalne opreme mogli bismo navesti, tzv. zaključavanje mobitela od strane davatelja usluge prema korisniku koji korisnika sprečava u odabiru mreže ili usluga kojima će pristupati putem uređaja.

te nužno za pravilno funkcioniranje sustava. Operatori su obvezni informirati korisnika o toj svojoj praksi. Toč. 31. preambule iste Direktive odnosi se na zakonitost i/ili nezakonitost sadržaja koji se prenosi internetom. Ovlaštena tijela zemlje članice, prema svojim nacionalnim zakonima, određuju je li sadržaj zakonit ili nezakonit, dok operatori na isti mogu samo upozoravati bez pravog ovlaštenja u vezi s istim. Toč. 34. preambule iste Direktive tiče se mjere minimalne kvalitete usluge te slučajeva u kojima bi se ona primjenjivala. Toč. 4. preambule Direktive o boljoj regulaciji povezuje internet s pravom na izražavanje, kao i s pravom na pristup informacijama, s čime kontekstualno dolazimo i do spominjanja Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama.<sup>86</sup> U kontekstu Konvencijom zajamčenih prava, osobito prava na slobodu izražavanja<sup>87</sup>, prava na zaštitu komunikacijske privatnosti<sup>88</sup> i privatnosti općenito<sup>89</sup> ograničenje pristupa internetu moglo bi se okarakterizirati kao povreda temeljnih ljudskih prava navedenih u Konvenciji, što bi onda povlačilo određene daljnje reperkusije, kao i mogućnost tužbe pred Europskim sudom za ljudska prava.

Što se hrvatskoga pravnog okvira tiče, Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkim komunikacijama iz 2011., u naš pravni sustav implementirane su odredbe iz novoga europskog regulatornog okvira iz 2009.<sup>90</sup> Zakon o elektroničkim komunikacijama tako je usklađen s europskom pravnom stečevinom.

Čl. 5. st. 4. t. 7. ZEK-a propisuje, u skladu s Direktivom o izmjenama propisa o elektroničkim komunikacijskim mrežama, način na koji nacionalni regulator treba promovirati interese korisnika internetske usluge. Regulira se mogućnost korisnika usluga da pristupaju i dijele sadržaje po svojoj volji te da se koriste aplikacijama i/ili uslugama kako im odgovara. U čl. 34. st. 2., u skladu s Direktivom o univerzalnoj usluzi, navedeno je da se operatorima pravilnikom može propisati obveza da redovito objavljuju odgovarajuće, najnovije i usporedive podatke o uslugama koje pružaju te da ih dostavljaju nacionalnom regulatoru, na njegov zahtjev. Nadalje, u čl. 42. st. 1. toč. 2., zbog usklađivanja s Direktivom o univerzalnoj usluzi, navodi se da su operatori dužni izraditi jasne i sveobuhvatne opće uvjete poslovanja kojima se utvrđuju informacije o uslugama koje se pružaju ili će se pružati.

Kao još jedan akt usmjeren na unapređenje transparentnosti u elektroničkim komunikacijama u Republici Hrvatskoj treba izdvojiti Pravilnik o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža koji je donio HAKOM, 19. prosinca 2011.<sup>91</sup> Pravilnik propisuje pojačanu transparentnost prema korisnicima usluga kroz dodatne informacije koje trebaju biti sadržane u općim uvjetima

86 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN MU MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

87 Čl. 10.1 Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama.

88 Komunikacijska privatnost kao jedan od aspekata privatnosti, v. Dragičević: *Privatnost u virtualnom svijetu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 3-4, Zagreb, 2001.

89 Čl.8.1 Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama

90 Zakon o elektroničkim komunikacijama, (ZEK), Narodne novine, 73/08, 90/11, 133/12, 80/13.

91 Narodne novine, 154/08, 55/11, 154/11.



poslovanja. Korisnicima treba biti jasno objašnjeno koje su minimalne brzine pristupa internetu koje im operator nudi te koja su korisnička prava u slučaju da se minimalna brzina ne može ostvariti. Ako dođe do ograničenja brzine od strane operatora, ta se ista moraju publicirati i objasniti korisnicima, čak i prije nego što uđu u ugovorni odnos.

### 6.3. *Budući razvoj*

U prosincu 2012., Europski parlament poziva Komisiju i Vijeće na kvalitetnije promicanje vrijednosti mrežne neutralnosti i očuvanje visokih standarda digitalne slobode u EU-u prema načelima koja su izražena u Rezoluciji iz 2011. godine<sup>92</sup>, zahtijevajući da se usvoji europski regulatorni okvir mrežne neutralnosti na europskom tržištu elektroničkih komunikacija u okviru najnovije reforme europskog pravnog okvira za elektroničke komunikacije.<sup>93</sup>

Zbog percipiranog zaostajanja zemalja EU-a za ostalim razvijenim zemljama u razvoju telekomunikacijskog sektora, a osobito usluga i novih inovativnih proizvoda<sup>94</sup>, europski zakonodavac smatra da je potrebno ukloniti granice i barijere među tržištima elektroničkih komunikacija u Europskom gospodarskom prostoru, te potaknuti nastanak zajedničkog europskog tržišta elektroničkih komunikacija, usluga i proizvoda uklanjajući prepreke razvoju paneuropskih usluga, ali i naknada poput naknada za *roaming*.<sup>95</sup>

Kako je već ranije navedeno, Europska komisija izradila je nacrt novoga zakonskog paketa koji bi trebao omogućiti da u pogledu europskog tržišta elektroničkih komunikacija zažive dva ključna načela iz Ugovora o funkcioniranju EU-a, a to su načelo slobode pružanja usluga i načelo slobode korištenja internetskih usluga bez

92 Za više informacija vidi: *Report on a Digital Freedom Strategy in EU Foreign Policy*, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0374+0+DOC+XML+V0//EN>, prema stanju na dan 29. siječnja 2014.

93 Nacrt novog okvira javnosti predstavljen je sredinom 2013., kada je potpredsjednica Europske komisije i povjerenica za Digitalnu agendu, Neelie Kroes, predstavila inicijativu "*Connected Continent*", odnosno prijedlog mjera za uspostavu zajedničkog europskog telekomunikacijskog tržišta. v. "*A Telecoms Single Market: Building a Connected Continent*", tekst dostupan na adresi: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-622\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-622_en.htm), prema stanju na dan 30. siječnja 2014.

94 Ovo je osobito primjetno na tržištu pametnih mobilnih uređaja koji se koriste u mobilnoj telefoniji i pristupu internetu. Gotovo svi proizvođači mobilnih uređaja dolaze iz Azije, ili barem posjeduju proizvodne pogone u Aziji, dok istovremeno softverski aspekt mobilnih uređaja, osobito operativni sustavi i s njima povezane softverske platforme, odnosno aplikacijski ekosustavi dolaze isključivo iz Sjeverne Amerike (Google Android, Apple iOS i Microsoft Windows Phone iz SAD, BlackBerry iz Kanade).

95 Prema izvornom *Connected Continent* prijedlogu, nastanak zajedničkog europskog tržišta elektroničkih komunikacija postići će se ujednačenjem propisa koji reguliraju rad europskih operatera kako bi mogli lakše poslovati izvan nacionalnih granica gdje imaju sjedišta. Korisnicima treba biti omogućen lakši odabir drugih fiksnih i mobilnih operatera. Konačno, svi građani EU-a trebaju moći uživati u postignutoj razini zaštite korisničkih prava i sloboda, uključujući i mrežnu neutralnost, na cijelom europskom području.

obzira na državljanstvo korisnika i njegovo prebivalište ili mjesto pristupa usluzi na području Unije. Početkom travnja 2014. u Europskom parlamentu prošlo je prvo čitanje Prijedloga Uredbe o usvajanju mjera o zajedničkom europskom tržištu elektroničkih komunikacija i postizanju povezanog kontinenta.<sup>96</sup> U postupku pred Europskim parlamentom, prijedlog Europske komisije doživio je brojne amandmane na izvorni tekst od kojih je dio i prihvaćen.<sup>97</sup>

Ciljevi novoga regulatornog okvira su pojednostavljenje propisa koji se odnose na operatere, bolja koordinacija pri korištenju širokopojasne usluge (kako bi se osigurala viša kvaliteta bežičnog interneta i potaknula ulaganja u brze mreže 4G), standardizacija usluge s fiksnim pristupom (kako bi se potaknula konkurencija među operaterima), zaštita otvorenog karaktera interneta i jamstva za mrežnu neutralnost, inovacije i prava korisnika, izbacivanje roaming premije i bolja zaštita krajnjih korisnika ostvarenjem načela transparentnosti (ponudom jednostavnih i jasnih ugovora s nedvosmislenim i preciznim informacijama o usluzi i mogućnošću promjene operatera ako usluga nije zadovoljavajuće kvalitete).<sup>98</sup>

Što se mrežne neutralnosti kao zaštićene vrijednosti tiče, toč. 45. preambule Uredbe sada sadrži definiciju mrežne neutralnosti (eng. *net neutrality*): „Mrežna neutralnost u otvorenom internetu podrazumijeva jednako tretiranje svog prometa, bez diskriminacije, ograničenja ili smetnje, neovisno o pošiljatelju, primatelju, tipu, sadržaju, usluzi ili aplikaciji.“<sup>99</sup>

96 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down measures concerning the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, and amending Directives 2002/20/EC, 2002/21/EC and 2002/22/EC and Regulations (EC) No 1211/2009 and (EU) No 531/2012, COM/2013/0627 final - 2013/0309 (COD), dostupno na adresi: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/regulation-european-parliament-and-council-laying-down-measures-concerning-european-single> prema stanju na dan 25.10.2014.

97 U kontekstu mrežne neutralnosti, osobito amandmani na čl. 2. st. 2. i čl. 23. v. tekst dostupan na: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0281+0+DOC+XML+V0//EN>, prema stanju na dan 3. svibnja 2014.

98 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Telecommunications Single Market, COM(2013) 634 final, Bruxelles, 11.9.2013., dostupno na adresi: [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc\\_id=2733](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc_id=2733), prema stanju na dan 25.10.2014.

99 Na istom mjestu može se pročitati i sljedeće: „Kao što je ranije naglašeno u Rezoluciji Europskog parlamenta od 17. studenog 2011 o otvorenom internetu i mrežnoj neutralnosti u Europi, otvorenost interneta je bila ključni pokretač konkurentnosti, ekonomskog rasta, društvenog razvoja i inovacije, što je dovelo do spektakularne razine razvoja online aplikacija, sadržaja i usluga, pa onda i rasta ponude i potražnje za sadržajima i uslugama, što ju čini vitalno važnim akceleratorom slobodne razmjene znanja, ideja i informacija, čak i u zemljama gdje je ograničen pristup neovisnim medijima. Istovremeno, nedavni izvještaj BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications) objavljen u svibnju 2012 pokazao je kako je značajan broj krajnjih korisnika izložen upravljanju prometom koje blokira ili usporava određenu namjenu. Ove tendencije zahtijevaju jasna pravila na razini Unije kako bi se održao otvoreni internet i izbjegla fragmentacija koja bi mogla nastati zbog specifičnih nacionalnih pravila.“

Čl. 2. st. 2 Uredbe napokon daje definiciju mrežne neutralnosti kao „princip da se sav internetski promet tretira jednako, bez diskriminacije, ograničenja ili smetnje, neovisno o njegovom pošiljatelju, primatelju, vrsti, sadržaju, uređajima, usluzi ili softverskoj aplikaciji“. Ovime se u europski pravni okvir elektroničkih komunikacija unosi jasna i nedvosmislena definicija mrežne neutralnosti, na tragu ranije Rezolucije i u skladu s teorijskim naznačenjem pojma o kojem je bilo riječi ranije.

Dalje u istom članku može se pročitati i nova definicija usluge pristupa internetu, koja se definira kao „javnosti dostupna usluga elektroničke komunikacije koja omogućava povezivanje na internet u suglasju s načelom mrežne neutralnosti“. Za razliku od toga postoji i specijalizirana usluga koja je „usluga elektroničke komunikacije optimizirana za određeni sadržaj, aplikaciju ili uslugu, ili njihovu kombinaciju, a koja se pruža preko logički različitog kapaciteta, oslanja se na strogu kontrolu pristupa i pruža funkcionalnost koja zahtjeva višu razinu *end to end* kvalitete i koja se neće reklamirati ili biti iskoristiva kao zamjena za uslugu pristupa internetu.“

Iz navedenoga logički proizlazi kako specijalizirana usluga nije i ne može biti zamjena za uslugu pristupa internetu, već prvenstveno služi za određeni sadržaj, aplikaciju ili uslugu ili njihovu kombinaciju, primjerice, uslugu prijenosa glasa preko IP mreže (*VoIP*), uslugu emitiranja televizijskog programa (*IPtv*) preko IP mreže itd. Takva usluga treba se pružati preko logički različitog kapaciteta, odnosno ne dijeliti kapacitet s postojećom uslugom pristupa na internet. To proizlazi i iz odredbe čl. 23. kojom je propisano: „Davatelji pristupa internetu... mogu nuditi specijalizirane usluge krajnjim korisnicima. Takve usluge mogu se nuditi samo ako je mrežni kapacitet dovoljan da ih se pruži uz uslugu pružanja pristupa internetu i ne na štetu dostupnosti ili kvalitete pristupa internetu. Davatelji pristupa internetu... neće diskriminirati među funkcionalno ekvivalentnim uslugama ili aplikacijama.“<sup>100</sup>

U čl. 23. nalazi se odredba o „pravu krajnjih korisnika da pristupaju i distribuiraju informaciju i sadržaj, pokreću i nude aplikacije i usluge i koriste terminalnu opremu po vlastitom izboru, bez obzira na lokaciju krajnjeg korisnika ili davatelja usluge ili lokaciju, podrijetlo ili odredište usluge, informacije ili sadržaja putem svoje usluge pristupa internetu.“<sup>101</sup> Iz teksta odredbe može se raščlaniti kako mrežna neutralnost za europskog zakonodavca podrazumijeva pravo korisnika da

100 Tekst odredbe na engleskom jeziku: „*Providers of internet access, of electronic communications to the public and providers of content, applications and services shall be free to offer specialised services to end-users. Such services shall only be offered if the network capacity is sufficient to provide them in addition to internet access services and they are not to the detriment of the availability or quality of internet access services. Providers of internet access to end-users shall not discriminate between functionally equivalent services or applications.*“

101 Tekst odredbe na engleskom jeziku: „*End-users shall have the right to access and distribute information and content, run and provide applications and services and use terminals of their choice, irrespective of the end-user's or provider's location or the location, origin or destination of the service, information or content, via their internet access service.*“

pristupa i distribuirati informaciju i sadržaj. Znači li to apsolutnu slobodu distribucije i pristupa sadržaju? Namjera zakonodavca je osigurati jednak tretman podatkovnog prometa bez diskriminacije, restrikcije ili smetnje, ali ne i dopustiti, npr. povredu autorskog prava, odnosno neovlaštenu distribuciju ili reprodukciju zaštićenih djela, zatim distribuciju ksenofobičnih ili rasističkih sadržaja, dječje pornografije itd.<sup>102</sup>

Sljedeće pravo je pravo pokretanja i nuđenja usluga i aplikacija i korištenja terminalne opreme po vlastitom izvoru. Ovo pravo također treba sagledati kroz prizmu drugih grana prava, primarno prava intelektualnog vlasništva i subsidijarno kaznenog prava. Naime, pravo pokretanja i nuđenja usluga i aplikacija te odabira terminalne opreme po vlastitom izboru može biti ograničeno, primjerice u slučaju proizvoda s ugrađenim mjerama digitalnog upravljanja pravima,<sup>103</sup> u skladu s odredbama kaznenog prava koje se odnosi na zaštitu autorskih prava.<sup>104</sup> Isto tako, posjedovanje, razvoj i distribucija malicioznih računalnih aplikacija podvrgnuto je kaznenim sankcijama.<sup>105</sup>

## 8. ZAKLJUČAK

Unatoč ranijim naporima, pravna regulacija mrežne neutralnosti kao zaštićenog koncepta razvoja elektroničkih komunikacija nije adekvatno implementirana u suvremeno komparativno zakonodavstvo. Štoviše, zakonodavstva nekih razvijenih zemalja (SAD) aktivno su odbacila teorijski usvojenu definiciju mrežne neutralnosti kao pravno zaštićene vrijednosti, argumentirajući takav stav potrebom zaštite slobode tržišnog nadmetanja, opasnošću od pretjerane regulacije na razvoj novih usluga itd.

Europski zakonodavac je, barem na formalnoj razini, krenuo suprotnim putem. Rješenja zakonodavnog paketa *Connected Continent* obećavaju kvalitetnu zaštitu mrežne neutralnosti na području europskog zajedničkog tržišta, naravno pod uvjetom da su u konačnici prihvaćena u obliku u kojem su predstavljena u prijedlogu uredbe koji je početkom travnja ove godine prošao u Europskom parlamentu.

Sljedeći korak u usvajanju pravnog okvira mrežne neutralnosti kao europskog pravnog standarda dogodit će se krajem ove ili početkom sljedeće godine, kada će o ovom zakonodavnom paketu odlučivati Vijeće Europske unije. Ako najvažnije

102 Pogrešno je povezivati pitanje mrežne neutralnosti s borbom protiv raznih vidova kibernetičkog kriminaliteta. Na površini, može se zaključiti kako mrežna neutralnost pogoduje razvoju novih sustava prenošenja sadržaja koje neće biti jednostavno nadzirati i koji mogu predstavljati priliku za nepoželjno i kažnjivo ponašanje (distribucija dječje pornografije, nedopuštena upotreba i distribucija djela zaštićenih autorskim pravom itd.), no to ne znači da je samim time i mrežna neutralnost nepoželjna, već znači da treba više raditi na prevenciji i suzbijanju ponašanja koja predstavljaju složeni socijalni, kriminološki i tehnički fenomen.

103 V. Katulić, Dragičević: "Utjecaj Digital Rights Management tehnologija na tržište digitalnih sadržaja", Pravo u gospodarstvu, travanj 2013.

104 Čl. 285. "Nedozvoljena uporaba autorskog djela ili izvedbe umjetnika izvođača" Kaznenog zakona Republike Hrvatske (KZ), NN 125/11, 144/12.

105 Čl. 272. "Zlouporaba naprava" KZ.

odredbe prijedloga (definicija mrežne neutralnosti iz čl. 2. st. 2, definicija specijalizirane usluge itd.) ostanu dio uredbe do kraja zakonodavnog postupka i time postanu dio europskog pravnog okvira, mrežna neutralnost će biti adekvatno zaštićena i kvalitetno zakonski regulirana na području Europske unije čime će korisnici usluga elektroničke komunikacije uživati u pluralizmu kvalitetnih i pristupačnih usluga te efikasnom i poštenom tržišnom natjecanju među davateljima usluga.

## Summary

### **DEVELOPMENT OF LEGAL PROTECTION OF NETWORK NEUTRALITY IN ELECTRONIC COMMUNICATION LAW WITH EMPHASIS ON THE PRINCIPLE OF TRANSPARENCY**

Development of new internet services, the increasing pressure to develop and grow infrastructure and ever increasing user demands present significant challenges to internet service providers. The users expect an affordable, accessible and dependable access to Internet, with freedom to choose the services to use rather than be provided with those preferred by the ISP. Network neutrality is a relatively new concept in the field of electronic communication law. Legal regulation of network neutrality as a regulated concept in development of electronic communication has not been properly implemented into the contemporary legislature. Furthermore, legal systems of several developed nations have actively refused to adopt the notion of network neutrality as a legally regulated concept, citing freedom of competition, overregulation and other concerns. After public disclosure of the recent legislative package known as „Connected Continent“, aimed at creating a unified European telecom market, it could be argued that the European lawmaker has, at least formally, adopted a different approach.

**Key words:** *network neutrality, electronic communications, electronic commerce, internet, internet governance.*

## Zusammenfassung

### **DIE ENTWICKLUNG DES RECHTSSCHUTZES DER NETZNEUTRALITÄT IM RECHT DER ELEKTRONISCHEN KOMMUNIKATIONEN MIT BETONUNG AUF DEN TRANSPARENZGRUNDSATZ**

Die Entwicklung der neuen Internetdienste, der Druck auf die Stärkung und Entwicklung der Infrastruktur sowie die Nutzererwartungen stellen eine Herausforderung für Internetdienstleister dar. Die Nutzer erwarten einen qualitätsvollen, leichten und freien Internetzugang, welcher zulässt, die gewünschten und nicht die vom Internetdienstleister bevorzugten Internetdienste auszuwählen. Die Rechtsregulation der Netzneutralität, welche ein geschütztes Konzept in der Entwicklung von elektronischen Kommunikationen darstellt, wurde nicht angemessen in die moderne Gesetzgebung implementiert. Die Gesetzgebungen mancher entwickelter Länder haben das rechtlich geschützte Konzept der Netzneutralität aktiv abgelehnt, wobei sie die Gründe für ihre

Stellungnahme im Bedürfnis nach dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit, in der Gefahr von übertriebener Regulierung usw. gefunden haben. Nach der Darstellung des jüngsten Gesetzgebungspaketes unter dem Titel *Connected Continent* kann man abschließen, dass der europäische Gesetzgeber, wenigstens auf formaler Ebene, den entgegengesetzten Weg gegangen ist.

**Schlüsselwörter:** *Netzneutralität, elektronische Kommunikationen, elektronischer Handel, Verwaltung des Internets.*

### Riassunto

## **LO SVILUPPO DELLA TUTELA GIURIDICA DELLA NEUTRALITÀ DELLA RETE NELL'AMBITO DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA**

Lo sviluppo dei nuovi servizi internet, la pulsione alla crescita ed all'innovazione delle infrastrutture e le aspettative dell'utenza rappresentano una sfida per i fornitori di servizi della rete. Gli utenti si aspettano un accesso di qualità, agibile e libero ad internet, che consenta loro di scegliere autonomamente i servizi di cui desiderino avvalersi e non quelli che favorisce il fornitore dei servizi internet. La neutralità della rete costituisce una nozione relativamente recente nell'ambito delle comunicazioni elettroniche. La disciplina giuridica della neutralità della rete, quale concetto di sviluppo protetto delle comunicazioni elettroniche non riscontra un'attuazione adeguata nella legislazione contemporanea. Le legislazioni di alcuni paesi maggiormente sviluppati hanno rigettato fermamente il concetto di neutralità della rete, quale valore giuridico tutelato, argomentando tale posizione attraverso l'esigenza di protezione della libera concorrenza e evidenziando il pericolo di un'eccessiva regolamentazione in relazione allo sviluppo di nuovi servizi. In seguito alla presentazione del nuovo pacchetto legislativo „Connected Continent“, si può giungere alla conclusione che il legislatore europeo, perlomeno sul piano formale, abbia preso la direzione opposta.

**Parole chiave:** *neutralità della rete, comunicazioni elettroniche, commercio elettronico, utilizzo di internet.*

## POSTUPCI NAPLATE NESPORNIH TRAZBINA PREMA DIREKTIVI 2011/7/EU O SUZBIJANJU ZAKAŠNJENJA S PLAĆANJEM U TRGOVAČKIM UGOVORIMA

Ivan Tot, mag. iur., univ. spec. oec., asistent  
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.71::061.1EU  
Ur.: 7. ožujka 2014.  
Pr.: 20. listopada 2014.  
Prethodno priopćenje

### **Sažetak**

*Odredbe Direktive 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima kojima se uređuju postupci naplate nespornih tražbina analiziraju se u radu u poredbi s rješenjima sadržanim u relevantnim izvorima europskog građanskog procesnog prava. Kritički se prikazuju tumačenja ranije Direktive 2000/35/EZ koja je dao Europski sud u svojim presudama, a koja su neophodna i za razumijevanje odredaba Direktive 2011/7/EU. Pored utvrđivanja značenja odredaba Direktive 2011/7/EU, cilj je rada i ispitati pružaju li te odredbe primjerenu zaštitu vjerovnicima novčanih obveza iz trgovačkih ugovora. Zaključuje se da će zaštititi vjerovnika novčanih obveza više pridonijeti odredbe pojedinih drugih izvora europskoga građanskog procesnog prava negoli odredbe Direktive 2011/7/EU te da bi radi postizanja višeg stupnja zaštite vjerovnika od negativnih učinaka zakašnjenja s plaćanjem žarište rasprave trebalo usmjeriti na harmonizaciju pravila ovršnog postupka.*

**Ključne riječi:** *postupci naplate nespornih tražbina, ovršni naslov, Direktiva 2011/7/EU, Direktiva 2000/35/EZ.*



## 1. UVOD

Direktiva 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima<sup>1</sup> preinaka je ranije direktive iz 2000. godine,<sup>2</sup> a njome se uređuju pravne posljedice zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima te nalaže državama članicama Europske unije poduzimanje odgovarajućih mjera suzbijanja zakašnjenja s plaćanjem, radi uklanjanja negativnih učinaka zakašnjenja s plaćanjem na funkcioniranje zajedničkog europskog unutarnjeg tržišta. Dok pojedine od mjera predviđenih Direktivom 2011/7/EU zahtijevaju od država članica intervenciju u odredbe nacionalnog materijalnog prava,<sup>3</sup> o čemu je iscrpno pisano u domaćoj i stranoj pravnoj literaturi,<sup>4</sup> Direktiva 2011/7/EU sadrži i odredbe kojima se države

\* Autor se osobito zahvaljuje prof. dr. sc. Jasnici Garašić na čitanju prve verzije rada te na danim prijedlozima i primjedbama.

- 1 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, str. 699. – 728.; 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, str. 223 – 243.
- 2 Direktiva 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). O Direktivi 2000/35/EZ vidi opširnije u: Gsell, B., *EG-Verzugsrichtlinie und Reform der Reform des Verzugsrecht in Deutschland*, ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, br. 42/2000, str. 1861. – 1876.; Schulte-Braucks, R. i Ongena, S., *The Late Payment Directive – a step towards an emerging European Private Law?*, European Review of Private Law, vol. 11, br. 4/2003, str. 519. – 544.; Zaccaria, A., (EC) Directive 2000/35 on Combating Late Payments in Commercial Transactions, *The European Legal Forum*, vol. 5, br. 6/2000-2001, str. 386. – 395., dostupno na: <<http://www.simons-law.com/library/pdf/e/92.pdf>>, 23. rujna 2012.
- 3 Direktiva 2011/7/EU uređuje rokove ispunjenja novčanih obveza u trgovačkim ugovorima te obvezuje države članice da kao pravne posljedice zakašnjenja s plaćanjem u nacionalnom pravu predvide pravo vjerovnika na zatezne kamate, na posebnu naknadu za troškove prouzrokovane zakašnjenjem te na razumnu naknadu troškova prouzrokovanih vjerovniku zakašnjenjem dužnika. Također, nalaže se državama članicama poduzeti odgovarajuće mjere sprječavanja zlorabe slobode ugovaranja na štetu vjerovnika, kao i priznati pravne učinke ugovorenog pridržaja prava vlasništva.
- 4 O odredbama Direktive 2011/7/EU koje se tiču rokova ispunjenja novčanih obveza, zateznih kamata i drugih pravnih posljedica zakašnjenja s plaćanjem vidi opširnije u: Bilotta, C., op. cit. u bilj. 1; 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.*, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2012., str. 159. – 206.; Šafranko, Z., *Kritički osvrt na provedbu Direktive 2011/7/EU u hrvatsko pravo*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 51, br. 2/2012, str. 457. – 479.; Šafranko, Z., *Kritički osvrt na provedbu Direktive 2011/7/EU u hrvatsko pravo – drugi dio:*

članice obvezuju izvršiti određene promjene i u nacionalnim procesnopravnim propisima, o čemu još nije pisano u domaćoj pravnoj literaturi zbog čega je očekivani doprinos ovog rada nadopuna postojeće literature u tom pogledu.

Predmet su ovog rada odredbe Direktive 2011/7/EU koje uređuju postupke naplate nespornih tražbina,<sup>5</sup> a koje imaju utjecaj na parnično i ovršno pravo država članica Europske unije. Pored tih odredaba, Direktiva sadrži i druge odredbe relevantne za procesno pravo država članica, i to odredbe koje su značajne za insolventijsko pravo država članica,<sup>6</sup> odredbe o kolektivnoj zaštiti vjerovnika novčanih obveza iz trgovačkih ugovora,<sup>7</sup> te odredbe o postupcima alternativnog rješavanja sporova,<sup>8</sup> no te druge odredbe nisu predmetom ovog rada.

---

suzbijanje zakašnjelih plaćanja i zlorabe ugovorne autonomije na štetu vjerovnika, Pravo u gospodarstvu, vol. 51, br. 5/2012, str. 1227. – 1250.; 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, str. 769. – 801.; 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, str. 239. – 276. Odredbe Direktive 2011/7/EU koje se tiču priznanja učinaka ugovorenog pridržaja prava vlasništva istovjetne su odredbama ranije Direktive 2000/35/EZ, stoga su u pogledu njih i dalje relevantni radovi pisani u kontekstu odredaba ranije Direktive 2000/35/EZ: McCormack, G., Retention of Title and the EC Late Payment Directive, Journal of Corporate Law Studies, vol. 1, br. 2/2001, str. 501. – 518.; Milo, J. M., Combating Late Payment in Business Transactions: How a New European Directive Has Failed to Set a Substantial Minimum Standard Regarding National Provisions on Retention of Title, European Review of Private Law, vol. 10, br. 3/2003, str. 379. – 393.

5 Odredbe čl. 10. Direktive 2011/7/EU.

6 Odredbom čl. 1. st. 3. Direktive 2011/7/EU, državama članicama dopušteno je da od primjene Direktive izuzmu obveze koje su predmetom stečajnog postupka otvorenog nad dužnikom, a što je posebno važno za države članice koje u nacionalnom pravu sadrže odredbe kojima se uređuje, primjerice, da se tražbine kamata na tražbine stečajnih vjerovnika obračunavaju od otvaranja stečajnog postupka, a ne od dospijeca tražbine što bi bio zahtjev Direktive 2011/7/EU prema odredbama čl. 3. st. 3. i čl. 4. st. 1. Direktive 2011/7/EU. Također, Direktiva 2011/7/EU sadrži i odredbe o pridržaju prava vlasništva (odredbe čl. 9. Direktive 2011/7/EU), ali ne sadrži nikakve posebne odredbe o učincima ugovorne odredbe o pridržaju prava vlasništva u slučaju otvaranja stečaja nad kupcem kao dužnikom novčane obveze, odnosno u slučaju otvaranja stečaja nad prodavateljem kao vjerovnikom novčane obveze.

7 Odredbom čl. 7. st. 5. Direktive 2011/7/EU, države članice obvezane su omogućiti udrugama koje su službeno ovlaštene predstavljati poduzetnike i udrugama s legitimnim interesom za predstavljanje poduzetnika mogućnost pokretanja odgovarajućih postupaka pred sudovima ili nadležnim upravnim tijelima radi utvrđenja da su pojedine ugovorne odredbe ili prakse izrazito nepoštene prema vjerovnicima novčanih obveza u smislu odredbi Direktive, a sve kako bi sudovi i nadležna upravna tijela mogli primijeniti prikladna i djelotvorna sredstva za sprječavanje njihove kontinuirane uporabe. Ova odredba Direktive kojom se priznaje *locus standi* udrugama ovlaštenim predstavljati poduzetnike bila je povod za uvođenje u hrvatski pravni sustav tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava, o kojoj vidi opširnije u: Borić, Ž., O tužbi za zaštitu kolektivnih interesa i prava, Informator, br. 6034-6035/2012, str. 1. – 7.; Dika, M., Postupak u sporovima za zaštitu kolektivnih interesa i prava, u: Slovinčić, J. (ur.), Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011., Novi informator, Zagreb, 2011., str. 57. – 70.

8 Odredbom t. 34. preambule Direktive 2011/7/EU ističe se kako bi države članice trebale poticati pribjegavanje mirenju i drugim postupcima alternativnog rješavanja sporova.

Jedan je cilj rada pojmovnom analizom te gramatičkim, sustavnim i teleološkim tumačenjem utvrditi značenje odredaba Direktive 2011/7/EU koje uređuju postupke naplate nespornih tražbina. Te odredbe analiziraju se u poredbi s rješenjima sadržanim u drugim izvorima europskoga građanskog procesnog prava i ranijoj Direktivi 2000/35/EZ te u svjetlu tumačenja odredaba Direktive 2000/35/EZ danih u presudama Europskog suda koje se kritički prikazuju u radu. Drugi je cilj rada ocijeniti pruža li se odredbama Direktive 2011/7/EU primjerena zaštita vjerovnika novčanih obveza iz trgovačkih ugovora. Cilj rada nije ispitati usklađenost hrvatskoga prava ni nacionalnih prava drugih država članica Europske unije s Direktivom 2011/7/EU, stoga se domaćim i poredbenim propisima rad bavi uzgredno u manjoj mjeri.

U preambuli Direktive 2011/7/EU na više je mjesta istaknuta važnost brzih i učinkovitih postupaka naplate tražbina kao iznimno značajne mjere suzbijanja zakašnjenja s plaćanjem. Odredbom točke 4. preambule Direktive ističe se kako su sudski postupci u vezi sa zakašnjenjem s plaćanjem već ubrzani postojećom pravnom stečevinom Europske unije, ali da je donošenje dopunskih odredbi potrebno kako bi se obeshrabrilo zakašnjenje s plaćanjem u trgovačkim ugovorima.<sup>9</sup> Odredbom točke 33. preambule Direktive naglašava se da posljedice zakašnjenja s plaćanjem mogu odvrćati od zakašnjenja s plaćanjem samo ako su praćene s postupcima naplate koji su brzi i učinkoviti za vjerovnika, te se podsjeća da bi takvi postupci u skladu s načelom nediskriminacije trebali biti dostupni svim vjerovnicima u Europskoj uniji.<sup>10</sup> Odredba točke 35. preambule Direktive drži neophodnim osigurati da postupci naplate nespornih tražbina povezanih sa zakašnjenjem s plaćanjem u trgovačkim ugovorima budu dovršeni u kratkom vremenskom razdoblju, uključujući putem hitnih postupaka i neovisno o iznosu duga.<sup>11</sup>

9 Odredba t. 4. preambule Direktive 2011/7/EU izrijekom se poziva na sljedeće uredbe: Uredbu Vijeća (EZ) br. 44/2001 od 22. prosinca 2000. o sudskoj nadležnosti, priznanju i ovrši sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (*Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 12, 16.1.2001.; dalje u tekstu: Uredba 44/2001), Uredbu Europskog parlamenta i Vijeća (EZ) br. 805/2004 od 21. travnja 2004. o uvođenju europskog ovršnog naslova za nesporne tražbine (*Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims*, OJ L 143, 30.4.2004.; dalje u tekstu: Uredba 805/2004), Uredbu Europskog parlamenta i Vijeća (EZ) br. 1896/2006 od 12. prosinca 2006. o uvođenju postupka za izdavanje europskog platnog naloga (*Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure*, OJ L 399, 30.12.2006.; dalje u tekstu: Uredba 1896/2006), te Uredbu Europskog parlamenta i Vijeća (EZ) br. 861/2007 od 11. srpnja 2007. o uvođenju europskog postupka za sporove male vrijednosti (*Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure*, OJ L 199, 31.7.2007.; dalje u tekstu: Uredba 861/2007).

10 Istovjetnu odredbu sadrži i točka 20. preambule Direktive 2000/35/EZ. Direktiva 2011/7/EU izrijekom upućuje na načelo nediskriminacije proklamirano odredbom čl. 18. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (*Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 83, 30.3.2010.; dalje u tekstu: UFEU) koja zabranjuje diskriminaciju po nacionalnoj osnovi.

11 Sličnu odredbu sadržava i točka 23. preambule Direktive 2000/35/EZ kojom je također istaknuto da postupci naplate imaju biti dovršeni u kratkom vremenskom razdoblju, ali je nagla-

Prema odredbi čl. 10. st. 1. Direktive 2011/7/EU, države članice obvezane su osigurati da se ovršni naslov može uobičajeno pribaviti unutar devedeset kalendarskih dana od vjerovnikovog podnošenja tužbe ili drugoga prijedloga sudu ili drugom nadležnom tijelu, uključujući putem hitnog postupka i neovisno o iznosu duga, sve pod uvjetom da dug ili postupovni aspekti nisu sporni.<sup>12</sup> Tu svoju obvezu države članice dužne su ispuniti u skladu sa svojim nacionalnim zakonima, uredbama i provedbenim propisima, a prema odredbi čl. 10. st. 2. Direktive u tim izvorima nacionalnog prava države članice dužne su primijeniti jednake uvjete za sve vjerovnike u Europskoj uniji.<sup>13</sup>

Nakon ovog uvoda, u drugom poglavlju rada pojašnjava se značenje pojma „ovršni naslov“ koji rabi Direktiva 2011/7/EU. U trećem poglavlju analiziraju se odredbe Direktive koje se tiču pribavljanja ovršnog naslova. Četvrto poglavlje bavi se tijekom postupka nakon pribavljanja ovršnog naslova, a peto poglavlje pravom vjerovnika na razumnu naknadu troškova parničnog i ovršnog postupka. U zaključku se sažeto prikazuju rezultati provedenog istraživanja.

## 2. POJAM „OVRŠNI NASLOV“

„Ovršni naslov“ (*enforceable title; vollstreckbar Titel; titre exécutoire*) definiran je odredbom čl. 2. st. 1. t. 10. Direktive 2011/7/EU kao „svaka odluka, presuda ili platni nalog izdan od strane suda ili drugog nadležnog tijela, uključujući one koje su privremeno ovršne, bilo za neposredno plaćanje ili plaćanje u obrocima, a koji omogućuju vjerovniku da naplati svoju tražbinu prema dužniku putem prisilne ovrhe.“<sup>14</sup> Prema tome, ovršnim naslovom u smislu Direktive imaju se smatrati samo one kondemnatorne odluke kojima se dužniku nalaže ispunjenje njegove novčane obveze.

### 2.1. Perfektne i imperfektne ovršne isprave

Za ispravno tumačenje odredaba Direktive 2011/7/EU koje se odnose na pribavljanje ovršnog naslova,<sup>15</sup> posebno je važno pitanje podrazumijeva li Direktiva pod pojmom ovršnog naslova samo perfektnu ovršnu ispravu, kao što je to prim-

---

šeno i da su taj cilj države članice dužne ostvariti u skladu s odredbama nacionalnoga prava te da odredbe Direktive ne zahtijevaju od država članica usvajanje specifičnih postupaka niti izmjenu nacionalnoga prava na neki poseban način.

12 U bitnome istovjetno propisano je i odredbama čl. 5. st. 1. ranije Direktive 2000/35/EZ.

13 Tako i odredba čl. 5. st. 2. Direktive 2000/35/EZ. Ova odredba izraz je načela nediskriminacije na koje se podsjeća i odredbom točke 33. preambule Direktive 2011/7/EU, o čemu vidi *supra* u bilj. 10.

14 U bitnome je na istovjetan način ovršni naslov definiran i odredbom čl. 2. st. 1. t. 5. Direktive 2000/35/EZ.

15 O odredbama Direktive 2011/7/EU koje se odnose na pribavljanje ovršnog naslova vidi *infra* u trećem poglavlju rada.

jerice pravomoćna kondemnatorna presuda u odnosu na koju je protekao u njoj označen paricijski rok, ili je pojmom „ovršni naslov“ obuhvaćena i imperfektna ovršna isprava, kao što je to primjerice prvostupanjska kondemnatorna presuda koja još nije postala pravomoćna ili u odnosu na koju još nije protekao u njoj označen paricijski rok.<sup>16</sup> Naime, s obzirom na to da imperfektna ovršna isprava može steći svojstva pravomoćnosti i ovršnosti, ali ih još nije stekla, i imperfektnu ovršnu ispravu moglo bi se smatrati ovršnim naslovom koji „omogućuje vjerovniku da naplati svoju tražbinu prema dužniku putem prisilne ovrhe“ u smislu citirane odredbe Direktive. Međutim, autor drži da bi se odredbu trebalo tumačiti restriktivno na način da se ovršnim naslovom smatra samo ona isprava koja je stekla svojstvo ovršnosti, tj. svojstvo da se na temelju nje može tražiti prisilno ostvarenje tražbine koja je u njoj utvrđena.<sup>17</sup> Uzimajući u obzir da Direktiva izriječno navodi kako pojam ovršnog naslova obuhvaća i odluke koje su „privremeno ovršne“, valjalo bi uzeti da su pod pojmom ovršnog naslova obuhvaćene samo isprave koje jesu ovršne (bilo „privremeno“ bilo „potpuno“), dakle isprave koje su stekle svojstvo ovršnosti. Isprave koje mogu steći svojstvo ovršnosti, ali ga još nisu stekle, odnosno imperfektno ovršne isprave, ne bi stoga po mišljenju autora bile obuhvaćene pojmom ovršnog naslova u smislu citirane odredbe Direktive. Kako Direktiva ne sadrži odredbe koje bi se ticale stjecanja svojstva ovršnosti, kao ni odredbe o učincima isprava koje se smatraju ovršnim naslovom ili o pretpostavkama koje moraju biti ispunjene da bi ovršni naslov bio ovršan i podoban za ovrhu, rješenje ovih pravnih pitanja ovisit će o odredbama nacionalnog prava država članica Europske unije.

## **2.2. Privremeno ovršne isprave**

Direktiva 2011/7/EU ne sadrži odredbe kojima bi bilo definirano značenje „privremeno ovršnih“ isprava, odnosno kojima bi bila pojašnjena razlika između „privremeno“ i „potpuno“ ovršnih isprava. Stoga će razlikovanje ovršnih isprava prema tome jesu li u potpunosti stekle svojstvo ovršnosti ili su to svojstvo stekle privremeno ili uvjetno ostati i dalje u domeni nacionalnog prava država članica. Prema tome, ako nacionalno pravo pojedine države članice dopušta mogućnost da vjerovnik pokrene ovršni postupak ili drugi odgovarajući postupak radi osiguranja ili ostvarenja svoje tražbine temeljem ovršne isprave koja je samo privremeno stekla svojstvo ovršnosti, i takvu ovršnu ispravu valja smatrati ovršnim naslovom u smislu citirane odredbe Direktive.

16 O razlikovanju perfektnih i imperfektnih ovršnih isprava vidi opširnije: Triva, S., Belajec, V. i Dika, M., *Sudsko izvršno pravo – Opći dio*, Informator, Zagreb, 1984., str. 134. – 135.; Dika, M., *Gradansko ovršno pravo – I. knjiga – Opće gradansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 213. – 214.

17 O svojstvu ovršnosti (odnosno, prema ranije važećoj terminologiji, svojstvu izvršnosti), vidi opširno u: Triva, S. et al., op. cit. u bilj. 16, str. 141. – 154.; Dika, M., op. cit. u bilj. 16, str. 236 – 253.

Primjerice, u engleskom pravu prvostupanjska presuda postaje ovršnom odmah, a ako protiv prvostupanjske presude bude izjavljena žalba, ne dolazi do automatske odgode ovrhe, no odgodu ovrhe takve privremeno ovršne prvostupanjske presude može naložiti sud.<sup>18</sup> U njemačkom pravu u određenim slučajevima prvostupanjski sud može odlučiti da je prvostupanjska presuda privremeno ovršna (*vorläufig vollstreckbar*).<sup>19</sup> U austrijskom pravu ne postoji institut privremene ovršnosti, pa tužitelj neće moći uspješno pokrenuti ovršni postupak temeljem prvostupanjske presude koja još nije stekla svojstva pravomoćnosti i ovršnosti, ali će na temelju takve presude moći pokrenuti odgovarajući postupak osiguranja svoje tražbine.<sup>20</sup> U hrvatskom pravu, kondemnatorna sudska odluka kojom je naloženo ispunjenje tražbine na neko davanje ili činjenje bit će ovršna isprava temeljem koje vjerovnik može pred sudom pokrenuti ovršni postupak ako je postala pravomoćna i ako je protekao u njoj određen paricijski rok (prema odredbama čl. 23. i čl. 25. st. 1. Ovršnog zakona).<sup>21</sup> Iznimno od toga pravila ovrha se može odrediti i na temelju sudske odluke koja nije postala pravomoćna ako je zakonom propisano da žalba ne zadržava odluku (prema odredbi čl. 25. st. 5. OZ-a). S tim u svezi treba istaknuti kako je relativna novina u hrvatskom pravu i mogućnost pokretanja ovršnog postupka temeljem prvostupanjske sudske odluke koja nije pravomoćna, a koja je donesena u tzv. „malom“ sporu male vrijednosti<sup>22</sup> vođenom radi isplate tražbine i koja je stekla svojstvo ovršnosti protekom paricijskog roka od osam dana od dana dostave tuženiku.<sup>23</sup>

18 Kennett, W. A., *The Enforcement of Judgements in Europe*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2000., str. 70.

19 Ibid., str. 72. Odluke navedene u § 708. ZPO-a utvrđuju se privremeno ovršnima bez davanja jamčevine, dok se ostale odluke mogu utvrditi privremeno ovršnima uz davanje jamčevine u skladu s § 709. ZPO-a (*Zivilprozessordnung* od 5. prosinca 2005., BGBl. I S. 3202, 2006 I S.431, 2007 I S. 1781, posljednje izmijenjen čl. 1. Zakona od 8. srpnja 2014., BGBl. I S. 890).

20 Ibid., str. 71.

21 Ovršni zakon, NN br. 112/12. i 25/13. (dalje u tekstu: novi OZ). Vidi o tome opširno u: Dika, M., op. cit. u bilj. 16, str. 214. – 215., 236. – 240.

22 Izraz „mali“ sporovi male vrijednosti upotrijebio je Dika u: Dika, M., *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011. – opći pregled*, u: Slovinić, J. (ur.), *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011.*, Novi informator, Zagreb, 2011., str. 35.

23 Novina je uvedena 2005. godine odredbom čl. 14. Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona (NN br. 88/05.) kojom su u „stari“ Ovršni zakon dodane odredbe čl. 23.a koje su uređivale ovršnost prvostupanjskih sudskih odluka (vidi o tome u: Stuhne, Z., *Ovršni zakon s komentarom*, Zgombić i partneri, Zagreb, 2006., str. 52. – 54). Odredbe čl. 23.a „starog“ Ovršnog zakona (NN br. 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., 151/04., 88/05., 121/05. i 67/08.) prestale su važiti stupanjem na snagu Ovršnog zakona iz 2010. godine (NN br. 139/10., 125/11., 154/11., 12/12., 70/12. i 80/12.), no one su u, više redakcijski nego sadržajno, izmijenjenom obliku pronašle svoje novo mjesto u odredbama čl. 348.a Zakona o parničnom postupku koje su dodane 2011. godine Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku (NN br. 57/11.) (vidi o tome u: Dika, M., loc. cit. u bilj. 22; Dika, M., op. cit. u bilj. 16, str. 237. i 241.). Odredbe o ovršnosti prvostupanjskih sudskih odluka koje su se sadržajno razlikovale od odredaba čl. 348.a Zakona o parničnom postupku (S. I. SFRJ br. 4/77., 36/77., 6/80., 36/80., 43/82., 69/82., 58/84., 74/87., 57/89., 20/90., 27/90. i 35/91. i

Cilj Direktive 2011/7/EU nije harmonizirati navedene ni druge razlike između nacionalnih prava država članica u pogledu mogućnosti i uvjeta pod kojima ovrhovoditelj može pokrenuti ovršni postupak temeljem ovršne isprave koja je samo privremeno ovršna. Jedino što Direktiva zahtijeva od država članica jest i da se privremeno ovršne isprave, ako su moguće prema nacionalnom pravu, smatraju ovršnim naslovom u smislu citirane odredbe Direktive.

### **2.3. Odluke donesene u europskim parničnim postupcima**

Ovršnim naslovom u smislu citirane odredbe čl. 2. st. 1. t. 10. Direktive 2011/7/EU trebalo bi po mišljenju autora smatrati i odluke donesene u tzv. europskim parničnim postupcima: europski platni nalog<sup>24</sup> i presudu donesenu u europskom sporu male vrijednosti.<sup>25</sup>

Prema odredbi čl. 18. st. 1. Uredbe 1896/2006, europski platni nalog proglašiće ovršnim sud koji ga je izdao ako tuženik nije uložio prigovor protiv europskog platnog naloga u roku od trideset dana od dana njegove dostave tuženiku.<sup>26</sup> Prema odredbi čl. 15. st. 1. Uredbe 861/2007 i odredbama t. 25. i 26. preambule Uredbe

- 
- NN br. 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 84/08., 96/08., 123/08., 57/11., 148/11. i 25/13.; dalje u tekstu: ZPP) ponovno su se pojavile u tekstu novog OZ-a u čl. 26., a potom su odredbe čl. 348.a ZPP-a brisane odredbom čl. 79. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku (NN br. 25/13.), a s istom novelom ZPP-a izmijenjena je i odredba čl. 26. novog OZ-a. Odredbe čl. 26. novog OZ-a trenutno glase: „(1) Prvostupanjska sudska odluka kojom se fizičkoj osobi koja ne obavlja registriranu djelatnost nalaže isplata tražbine čija glavnica ne prelazi 5.000,00 kuna, odnosno kojom se fizičkoj osobi koja obavlja registriranu djelatnost u pravnoj stvari u vezi s tom djelatnošću ili pravnoj osobi nalaže isplata tražbine čija glavnica ne prelazi 10.000,00 kuna postaje ovršna u roku od osam dana od dana dostave osobi kojoj je naložena isplata. Žalba protiv takve odluke ne odgađa ovrhu. (2) Ako se u sudskoj odluci nekoj od osoba iz stavka 1. ovoga članka nalaže samo da naknadi troškove postupka u iznosu koji ne prelazi iznose navedene u toj odredbi, žalba protiv takve odluke o naknadi troškova postupka ne odgađa ovrhu.“
- 24 Europski platni nalog uveden je Uredbom 1896/2006 (za puni naziv Uredbe 1896/2006 vidi *supra* u bilj. 9). Posebne odredbe o postupku u povodu europskog platnog naloga sadržane su u čl. 507.i – 507.nj ZPP-a. O Uredbi 1896/2006 i navedenim odredbama ZPP-a vidi opširnije u: Sikirić, H., Europski parnični postupci – pravosudna suradnja u građanskim predmetima, u: Dika, M. (ur.), *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2008.*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 112. – 119.; Garašić, J., *Uvod u europsko građansko procesno pravo*, u: Garašić, J. (ur.), *Europsko građansko procesno pravo – izabrane teme*, Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 20. – 22.
- 25 Europski postupak za sporove male vrijednosti uveden je Uredbom 861/2007 (za puni naziv Uredbe 861/2007 vidi *supra* u bilj. 9). Posebne odredbe o europskom postupku za sporove male vrijednosti sadržane su u čl. 507.o – 507.ž ZPP-a. O Uredbi 861/2007 i navedenim odredbama ZPP-a vidi opširnije u: Sikirić, H., op. cit. u bilj. 24, str. 120. – 126.; Garašić, J., op. cit. u bilj. 24., str. 22. – 23.; Hau, W., *Europski postupak za tražbine male vrijednosti*, u: Garašić, J. (ur.), op. cit. u bilj. 24., str. 213. – 226.
- 26 Također, ovršni europski platni nalog priznaje se i ovršuje u drugoj državi članici bez potrebe za potvrdom o ovršnosti i bez svake mogućnosti protivljenja njegovom priznanju (prema odredbi čl. 19. Uredbe 1896/2006 i odredbi t. 27. preambule Uredbe 1896/2006).

861/2007, presuda donesena u europskom sporu male vrijednosti stječe svojstvo ovršnosti danom njezina donošenja, a žalba ili koji drugi nacionalnim pravom predviđeni pravni lijek izjavljen protiv takve presude nema suspenzivni učinak.<sup>27</sup>

S obzirom na to da je i ovršni europski platni nalog „platni nalog izdan od strane suda“, u smislu odredbe čl. 2. st. 1. t. 10. Direktive 2011/7/EU, koji omogućuje „vjerovniku da naplati svoju tražbinu prema dužniku putem prisilne ovrhe“, i ovršni europski platni nalog obuhvaćen je po mišljenju autora pojmom ovršnog naslova u smislu Direktive. Također, kako pojam ovršnog naslova iz odredbe čl. 2. st. 1. t. 10. Direktive uključuje i presude koje su privremeno ovršne, on također po mišljenju autora obuhvaća i presudu donesenu u europskom sporu male vrijednosti.

#### 2.4. Europski ovršni naslov

Ovršni naslov u smislu citirane odredbe Direktive 2011/7/EU bit će svaka odluka suda ili drugog nadležnog tijela koja udovoljava uvjetima iz te odredbe neovisno o tome je li ili nije potvrđena kao europski ovršni naslov.<sup>28</sup> Prema odredbi

- 27 Slično kao i kod europskog platnog naloga, ukinut je postupak egzekviture, odnosno presuda donesena u državi članici u europskom postupku za sporove male vrijednosti priznaje se i ovršuje u drugoj državi članici bez potrebe za potvrdom o ovršnosti i bez svake mogućnosti protivljenja njezinom priznanju (prema odredbi čl. 20. st. 1. Uredbe 861/2007 i odredbi t. 30. preambule Uredbe 861/2007).
- 28 Mogućnost da se određeni ovršni naslov potvrdi kao europski ovršni naslov uvedena je Uredbom 805/2004 (za puni naziv Uredbe 805/2004 vidi *supra* u bilj. 9). Ovršni naslov koji je potvrđen kao europski ovršni naslov priznaje se i ovršuje u drugoj državi članici bez potrebe za potvrdom o ovršnosti i bez svake mogućnosti protivljenja njezinom priznanju (prema odredbama čl. 5., čl. 24. st. 2. i čl. 25. st. 2. Uredbe 805/2004 te odredbama t. 8. preambule Uredbe 805/2004). U hrvatskom pozitivnom pravu ne rabi se izraz „europski ovršni naslov“ već izraz „europski ovršni nalog“, pa su tako posebne odredbe o postupku za izdavanje potvrde o „europskom ovršnom nalogu“ sadržane su čl. 356. – 364. novog OZ-a. U domaćoj pravnoj literaturi upotrebljava se i izraz „europski ovršni nalog“ (vidi, primjerice: Kunštek, E., Pretpostavke za izdavanje potvrde o europskom ovršnom nalogu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.; Mihelčić, G., Europski ovršni nalog – nova vrsta ovršne isprave, u: Vidović, A., Uvod u pravo EU – neka izdvojena pitanja, RRiF Plus, Zagreb, 2013.) i izraz „europski ovršni naslov“ (vidi, primjerice: Garašić, J., op. cit. u bilj. 24, str. 19.; Sikirić, H., op. cit. u bilj. 24, str. 103.; Rijavec, V., Ubrzana ovršna naplata novčanih tražbina u svjetlu revizije Uredbe Brisel I, u: Garašić, J. (ur.), op. cit. u bilj. 24, str. 195.). Autor rada drži prikladnijim izraz „europski ovršni naslov“ s obzirom na to da je taj izraz većinom upotrijebljen i u inačicama Uredbe 805/2004 na drugim stranim jezicima – naime, izraz „europski ovršni naslov“ prihvaćen je u petnaest inačica Uredbe 805/2004 (bugarskoj: *европейско изпълнително основание*; češkoj: *evropský exekuční titul*; estonskoj: *Euroopa täitekorraldus*; finskoj: *Euroopalainen täytäntöönpanoperuste*; francuskoj: *titre exécutoire européen*; grčkoj: *ευρωπαϊκό εκτελεστό τίτλο*; nizozemskoj: *Europese executoriale titel*; njemačkoj: *Europäischer Vollstreckungstitel*; poljskoj: *Europejski Tytuł Egzekucyjny*; portugalskoj: *título executivo europeu*; rumunjskoj: *titlu executoriu european*; slovačkoj: *európsky exekučný titul*; španjolskoj: *título ejecutivo europeo*; švedskoj: *européisk exekutionstitel*; te talijanskoj inačici Uredbe 805/2004: *titolo esecutivo europeo*), u tri inačice govori se o „europskoj ovršnoj ispravi“ (danskoj: *europæisk*



čl. 3. st. 1. Uredbe 805/2004, ovršni naslovi koji se mogu potvrditi kao europski ovršni naslov su presude, sudske nagodbe i autentične isprave o neosporenim tražbinama.<sup>29</sup>

## 2.5. Sudska nagodba

Sudska nagodba ne bi se mogla smatrati ovršnim naslovom u smislu citirane odredbe Direktive 2011/7/EU jer izraz „odluka, presuda ili platni nalog izdan od strane suda ili drugog nadležnog tijela“ sadržan u toj odredbi ne obuhvaća i sudsku nagodbu. Sudska nagodba ne smatra se „odlukom“ ili „presudom“ ni u kontekstu odredaba Uredbe 44/2001 i Uredbe 805/2004.<sup>30</sup>

## 2.6. Autentične isprave

Ni autentične isprave<sup>31</sup> nisu obuhvaćene pojmom ovršnog naslova u smislu Direktive 2011/7/EU jer se ni one, kao ni sudska nagodba, ne mogu smatrati „odlukom“, a takve se isprave uređuju zasebno od sudskih odluka i u kontekstu odredaba Uredbe 44/2001 i Uredbe 805/2004.<sup>32</sup>

---

*tvangsfuldbyrdsedokument*; litvanskoj: *Europos vykdomąji raštą*; te mađarskoj inačici Uredbe 805/2004: *európai végrehajtható okirat*), dok je izraz „europski ovršni nalog“ osim u engleskoj inačici (*European enforcement order*) upotrijebljen još samo u tri inačice Uredbe 805/2004 (latvijskoj: *Eiropas izpildes rīkojumū*; malteškoj: *Ordni Ewropew ta' Infurzar*; te slovenskoj inačici Uredbe 805/2004: *evropski nalog za izvršbo*).

- 29 Presudom se u smislu odredaba Uredbe 805/2004 smatra bilo koja presuda suda ili tribunala države članice, neovisno o tome kako se presuda može zvati, uključujući tu i rješenje, nalog, odluku ili rješenje o ovrši, kao i odluku o utvrđivanju troškova ili izdataka koju je izdao sudski službenik (prema odredbi čl. 4. st. 1. t. 1. Uredbe 805/2004). Autentične isprave su u smislu odredaba Uredbe 805/2004 isprave koje su formalno sastavljene ili registrirane kao autentične isprave, pri čemu se autentičnost odnosi i na potpis i na sadržaj isprave, a utvrđena je od strane javne vlasti ili drugog za to ovlaštenog tijela u državi članici iz koje potječe (prema odredbi čl. 4. st. 1. t. 2. Uredbe 805/2004).
- 30 Obje uredbe uređuju sudsku nagodbu odvojeno od sudskih odluka/presuda: potvrđivanje presude kao europskog ovršnog naslova uređeno je odredbama glave II. a potvrđivanje sudske nagodbe kao ovršnog naslova odredbama glave V. Uredbe 805/2004; priznanje i ovrha presuda uređena je odredbama glave III., a priznanje i ovrha sudskih nagodbi odredbama glave IV. Uredbe 44/2001 (za puni naziv Uredbe 44/2001 vidi *supra* u bilj. 9). Opširnije o tome da se sudska nagodba ne smatra sudskom odlukom u kontekstu Uredbe 44/2001, vidi u: Sikirić, H., Razlozi za odbijanje priznanja i ovrhe sudskih odluka po Uredbi Vijeća (EZ) br. 44/2001 od 22. prosinca 2000. o sudskoj nadležnosti i priznanju i ovrši odluka u građanskim i trgovačkim predmetima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, br. 1, 2010., str. 55.
- 31 Za definiciju pojma “autentične isprave” sadržanu u odredbi čl. 4. st. 1. t. 2. Uredbe 805/2004 vidi *supra* u bilj. 29. Izraz *authentic instruments* koji je sadržan i u Uredbi 805/2004 i u Uredbi 44/2001 prevodi se u domaćoj pravnoj literaturi i kao “potvrđene isprave” (primjerice: Kunštek, E., op. cit. u bilj. 28, str. 447.) te kao “javne isprave” (primjerice: Garašić, J., op. cit. u bilj. 24, str. 19.; Mihelčić, G., op. cit. u bilj. 28, str. 70.; Sikirić, H., op. cit. u bilj. 30, str. 50.).
- 32 Uredba 44/2001 uređuje priznanje i ovrhu autentičnih isprava u istoj glavi u kojoj se uređuje priznanje i ovrha sudskih nagodbi, a Uredba 805/2004 uređuje potvrđivanje autentične isprave kao europskog ovršnog naslova u istoj glavi u kojoj se uređuje potvrđivanje sudske nagodbe kao europskog ovršnog naslova (vidi i *supra* u bilj. 30).

### 3. PRIBAVLJANJE OVRŠNOG NASLOVA

Odredbom čl. 10. st. 1., naslovljenom „Postupci naplate nespornih tražbina“, Direktiva 2011/7/EU obvezuje države članice da „osiguraju da se ovršni naslov može uobičajeno pribaviti unutar 90 kalendarskih dana od vjerovnikovog podnošenja tužbe ili drugog prijedloga sudu ili drugom nadležnom tijelu, uključujući putem hitnog postupka i neovisno o iznosu duga, sve pod uvjetom da dug ili postupovni aspekti nisu sporni.“ Za ispravno tumačenje ove odredbe, pored pojma ovršnog naslova potrebno je razjasniti i značenje pojma „nesporne tražbine“.

#### 3.1. Pojam „nesporne tražbine“

Direktiva 2011/7/EU ne sadrži definiciju pojma „nesporne tražbine“ (*unchallenged claims; unbestrittene Forderungen; créances non contestées*). Iz odredbe o pribavljanju ovršnog naslova u roku od devedeset kalendarskih dana razvidno je da se nespornim tražbinama smatraju one tražbine koje kumulativno ispunjavaju dva uvjeta: da nije sporna ni osnova ni visina tražbine, te da u parničnom postupku vođenom radi isplate tražbine nisu osporeni postupovni aspekti, poput nadležnosti ili stranačke sposobnosti.

Kako Direktiva 2011/7/EU, u odredbi točke 4. preambule, izrijeком navodi da su njezine odredbe o postupcima naplate nespornih tražbina komplementarne odredbama sadržanim u postojećoj pravnoj stečevini Europske unije u području građanskog procesnog prava, autor drži da je pojam „nesporne tražbine“ iz Direktive 2011/7/EU potrebno razumjeti sa značenjem koje je pojmu nespornih tražbina dano u drugim izvorima. Tako Uredba 805/2004 sadrži definiciju pojma „nesporne tražbine“ (*uncontested claims; unbestrittene Forderungen; créances incontestées*) koju je moguće primijeniti i u kontekstu odredaba Direktive 2011/7/EU.

Tražbinom se u smislu odredbe čl. 4. st. 1. t. 2. Uredbe 805/2004 smatra tražbina na plaćanje određene novčane svote koja je dospjela ili glede koje je dospijeće navedeno u presudi, sudskoj nagodbi ili autentičnoj ispravi. Ovu definiciju tražbine kao novčane tražbine valja prihvatiti i u kontekstu odredaba Direktive 2011/7/EU čija je svrha suzbijanje zakašnjenja s ispunjenjem novčanih obveza.

Nespornom tražbinom<sup>33</sup> se prema odredbi čl. 3. st. 1. t. a) Uredbe 805/2004 smatra tražbina s kojom se dužnik izričito suglasio priznanjem ili koja je utvrđena

33 Pojam *uncontested claims* iz Uredbe 805/2004 prevodi se u domaćoj pravnoj literaturi i kao “neprijeborne tražbine” (Kunštek, E., op. cit. u bilj. 28, str. 447.). Izraz “nesporne tražbine” koji se rabi u ovome radu ne bi trebalo razumjeti na način da je riječ o tražbinama u vezi s kojima nije bilo spora između vjerovnika i dužnika, već bi ga trebalo shvatiti u širem smislu na način da taj izraz obuhvaća i tražbine oko kojih je postojao spor između vjerovnika i dužnika, ali koje u tome sporu nisu osporene. Stoga bi možda prikladniji prijevod pojma *uncontested claims* bio “neosporene tražbine”, no autor u ovom radu ipak rabi u domaćoj pravnoj literaturi šire prihvaćeni prijevod toga pojma kao “nesporne tražbine” (vidi, primjerice: Garašić, J., op. cit. u bilj. 24, str. 19.; Mihelčić, G., op. cit. u bilj. 28, str. 69.; Sikirić, H., op. cit. u bilj. 24, str. 103.).

u nagodbi koju je odobrio suda ili sklopljenoj tijekom sudskog postupka. Prema odredbi čl. 3. st. 1. t. b) Uredbe 805/2004, nesporna tražbina je i tražbina kojoj dužnik nije prigovorio tijekom sudskog postupka u skladu s postupovnim pretpostavkama prema nacionalnom pravu države članice u kojoj se postupak vodio. Također, prema odredbi čl. 3. st. 1. t. c) Uredbe 805/2004, nesporna tražbina je i tražbina kojoj je dužnik prvotno prigovorio tijekom sudskog postupka, ali je kasnije izostao s ročišta ili na ročištu nije bio zastupan, pod pretpostavkom da se takvo postupanje može prema nacionalnom pravu države članice u kojoj se postupak vodio smatrati prešutnim priznanjem tužbenog zahtjeva ili činjenica koje je iznio vjerovnik. Konačno, nesporna tražbina je prema odredbi čl. 3. st. 1. t. d) Uredbe 805/2004 i tražbina s kojom se dužnik izrijekom suglasio u autentičnoj ispravi.

### **3.2. Rok od devedeset kalendarskih dana za pribavljanje ovršnog naslova**

Obveza država članica da osiguraju u nacionalnom pravu da vjerovnik može pribaviti ovršni naslov uobičajeno u roku od devedeset dana od dana podnošenja tužbe radi isplate nesporne tražbine odnosi se samo na one postupke koje vjerovnik pokreće radi isplate nesporne tražbine koja proizlazi iz trgovačkog ugovora. Naime, prema odredbi čl. 1. st. 2. Direktive 2011/7/EU, Direktiva 2011/7/EU primjenjuje se samo na plaćanja koja se trebaju izvršiti na ime naknade u trgovačkim ugovorima,<sup>34</sup> pa se stoga odredbama Direktive 2011/7/EU o postupcima naplate nespornih tražbina uređuju samo postupci naplate nespornih tražbina iz trgovačkih ugovora.

To što su države članice obvezne osigurati da vjerovnik može pribaviti ovršni naslov u roku od devedeset dana ne znači da su države članice obvezne u nacionalnom pravu predvidjeti neki novi, posebni postupak radi prisilne naplate nespornih tražbina koje proizlaze iz trgovačkih ugovora. Odredbom čl. 10. st. 1., Direktiva 2011/7/EU izrijekom ističe da su ovu svoju obvezu države članice dužne ispuniti u skladu sa svojim „nacionalnim zakonima, uredbama i provedbenim propisima“. Prema tome, države članice dužne su osigurati da vjerovnik može pribaviti ovršni naslov uobičajeno u roku od devedeset dana od podnošenja svoje tužbe ili drugog prijedloga sudu ili drugom nadležnom tijelu - u okviru postojećih postupaka predviđenih nacionalnim pravom.<sup>35</sup>

34 Direktiva 2011/7/EU ne rabi izraz “trgovački ugovori”, već izraz “trgovačke transakcije” (*commercial transactions*), ali taj izraz koristi sa značenjem dvostranoobveznih naplatnih ugovora koji dovode do isporuke robe ili pružanja usluga za naknadu, neovisno o pojedinim tipovima takvih ugovora, pa se stoga i u ovome radu radije upotrebljava izraz “trgovački ugovori”. Pojam “trgovački ugovor” u smislu određaba Direktive 2011/7/EU širi je po svom sadržaju od pojma trgovačkog ugovora u hrvatskom pravu jer obuhvaća ne samo ugovore među trgovcima, već i ugovore koje s trgovcima ili između sebe sklapaju osobe slobodnih zanimanja te ugovore koje s ovima ili s trgovcima sklapaju osobe javnog prava kao dužnici novčanih obveza (vidi opširnije u: Tot, I., Pojam *commercial transactions* iz Direktive 2011/7/EU, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 51, br. 6/2012, str. 1422. – 1442.).

35 Slično odgovarajuću odredbu ranije Direktive 2000/35/EZ tumače Schulte-Braucks i Ongena koji navode da su države članice slobodne urediti postupke koji jamče poštovanje navedenog

S obzirom na značenje pojma „ovršni naslov“ u okviru Direktive 2011/7/EU,<sup>36</sup> od država članica zahtijeva se ne samo da sud, odnosno drugo nadležno tijelo, odluku u postupku donese uobičajeno u roku od devedeset kalendarskih dana od dana podnošenja tužbe ili drugog prijedloga, već i da takva odluka u tome roku stekne svojstvo ovršnosti. Stoga se pri ocjeni usklađenosti nacionalnog prava država članica s Direktivom u obzir mora uzeti ne samo vrijeme koje je sudu, odnosno drugom nadležnom tijelu, potrebno za donošenje odluke u postupku, već i paricijski rok određen nacionalnim propisom.

Imajući u vidu definiciju pojma „nesporne tražbine“,<sup>37</sup> nacionalni sud bi morao donijeti presudu u roku od devedeset dana od dana podnošenja tužbe u onim parničnim postupcima u kojima je tuženik, primjerice, priznao tužbeni zahtjev u odgovoru na tužbu ili do zaključenja glavne rasprave, ili u odgovoru na tužbu osporio tužbeni zahtjev, ali priznao odlučne činjenice, ili u kojima tuženik nije odgovorio na tužbu u za to određenom roku ili nije došao na pripremno ročište ili na pripremnom ročištu nije osporio tužbeni zahtjev.

Države članice nisu obvezne u nacionalnom pravu predvidjeti posebnu odredbu koja bi doslovno određivala da sud ima odlučiti o vjerovnikovoj tužbi unutar roka od devedeset kalendarskih dana od dana podnošenja tužbe. Obvezu država članica da osiguraju da se ovršni naslov može uobičajeno pribaviti u navedenom roku treba shvatiti u smislu da su države članice, ako je to potrebno imajući u vidu trajanje pojedinih postupovnih stadija prema odredbama nacionalnog propisa, dužne unijeti u nacionalni propis odgovarajuće izmjene i dopune kojima će osigurati da ukupno trajanje postupka naplate nesporne tražbine od dana podnošenja tužbe do dana kada odluka stječe svojstvo ovršnosti uobičajeno nije duže od devedeset kalendarskih dana. Prema tome, na državama članicama je izbor metoda kojima će se postići navedeni cilj, a neke od mogućih su i, primjerice, skraćivanje zakonskog paricijskog roka ili roka u kojemu je tuženik dužan dostaviti odgovor na tužbu.

Iz izraza „uobičajeno pribaviti unutar 90 kalendarskih dana“ upotrijebljenog u citiranoj odredbi Direktive 2011/7/EU proizlazi da je rok od devedeset kalendarskih dana instruktivni rok. Stoga su državama članicama dopuštena i manja odstupanja od navedenoga roka.<sup>38</sup>

---

roka (Schulte-Braucks, R. i Ongena, S., op. cit. u bilj. 2, str. 539.), a u istome smislu ističu i: Gsell, B., op. cit. u bilj. 2, str. 1875. – 1876.; Zaccaria, A., op. cit. u bilj. 2, str. 395.

36 Vidi *supra* u drugom poglavlju rada.

37 Vidi *supra* u odjeljku 3.1. rada.

38 Istovjetno u kontekstu odredbe čl. 5. st. 1. ranije Direktive 2000/35/EZ ističe i: Zaccaria, A., op. cit. u bilj. 2, str. 395. Izvorno je prijedlog Direktive 2011/7/EU predviđao brisanje izraza „uobičajeno“ iz teksta odredbe o roku od devedeset kalendarskih dana za pribavljanje ovršnog naslova, ali do brisanja navedenog izraza u konačnom tekstu ipak nije došlo - Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (preinaka) – Provedba Zakona o malom poduzetništvu (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions (recast) – Implementing the Small Business Act*), COM(2009) 126/4, dostupno na: <[http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm)>, 21. srpnja 2011.), str. 17. i 25.

U tijek roka od devedeset kalendarskih dana prema odredbi čl. 10. st. 3. Direktive 2011/7/EU ne uračunava se vrijeme koje je potrebno za dostavu podnesaka niti vrijeme odugovlačenja s postupkom koje je prouzrokovao vjerovnik, kao što je to primjerice vrijeme koje je vjerovniku potrebno za ispravak vlastitih prijedloga.<sup>39</sup>

Odredbom čl. 10. st. 4., Direktiva 2011/7/EU izrijekom propisuje i da su njezine odredbe o postupcima naplate nespornih tražbina bez utjecaja na odredbe Uredbe 1896/2006. Stoga su se u pogledu parničnih postupaka koji se vode temeljem Uredbe 1896/2006 države članice obvezne pridržavati rokova propisanih tom uredbom, a ne roka od devedeset kalendarskih dana predviđenog Direktivom 2011/7/EU. Naime, prema odredbi čl. 12. st. 1. Uredbe 1896/2006, ako su ispunjene za to propisane pretpostavke, sud je dužan izdati europski platni nalog što je prije moguće i uobičajeno u roku od trideset dana od dana podnošenja zahtjeva za izdavanjem europskog platnog naloga, a ako tuženik nije istaknuo prigovor protiv europskog platnog naloga u roku od trideset dana od dana dostave europskog platnog naloga tuženiku, sud je obavezan bez odgode proglasiti europski platni nalog ovršnim (prema odredbama čl. 12. st. 3. t. b), čl. 12. st. 4. t. b), čl. 16. st. 2. i čl. 18. st. 1. Uredbe 1896/2006). Prema tome, ne računajući vrijeme potrebno za dostavu i ispravak podnesaka,<sup>40</sup> od dana podnošenja zahtjeva za izdavanjem europskog platnog naloga do dana kada europski platni nalog stječe svojstvo ovršnosti ne bi smjelo proteći više od šezdeset dana, a što je znatno kraći rok u odnosu na onaj predviđen Direktivom 2011/7/EU.

#### **4. TIJEK POSTUPKA NAKON PRIBAVLJANJA OVRŠNOG NASLOVA**

Odredbom točke 32. preambule Direktive 2011/7/EU istaknuto je kako je Direktivom 2011/7/EU samo definiran pojam „ovršni naslov“, ali da se njome „ne uređuju različiti postupci za prisilnu ovrhu takvog naslova niti uvjeti pod kojima prisilna ovrha takvog naslova može biti prekinuta ili odgođena“. Ovakvo rješenje nije neuobičajeno jer je i drugim izvorima europskog građanskog procesnog prava određeno da ovršni postupak ostaje u domeni nacionalnog prava država članica.<sup>41</sup>

Odgovarajuću odredbu o tome sadržavala je i ranija Direktiva 2000/35/EZ, u točki 15. preambule, a o tome da se Direktivom 2000/35/EZ ne utječe na nacionalna

39 U bitnome isto propisuje i odredba čl. 5. st. 3. Direktive 2000/35/EZ.

40 Slično kao i prema Direktivi 2011/7/EU, u tijek roka propisanog za izdavanje europskog platnog naloga ne uračunava se vrijeme koje je vjerovniku potrebno za ispravak podnesenog prijedloga (prema odredbi čl. 12. st. 1. Uredbe 1896/2006), a pri utvrđivanju je li prigovor protiv europskog platnog naloga istaknut u propisanom roku potrebno je uzeti u obzir i vrijeme koje je potrebno za dostavu prigovora (prema odredbi čl. 18. st. 1. Uredbe 1896/2006).

41 Da će se ovršni postupak provoditi prema pravu države članice u kojoj se vodi ovršni postupak predviđaju odredbe: čl. 40. st. 1. Uredbe 44/2001, čl. 20. st. 1. Uredbe 805/2004, čl. 21. st. 1. Uredbe 1896/2006, te čl. 21. st. 1. Uredbe 861/2007.

pravila ovršnog postupka imao se prilike izjasniti i Europski sud u predmetu C-265/07, *Caffaro Srl protiv Azienda Unità Sanitaria Locale RM/C*.<sup>42</sup>

U tome predmetu je Građanski sud u Rimu (*Tribunale civile di Roma*) zatražio od Europskog suda da donese prethodnu odluku o tumačenju odredaba Direktive 2000/35/EZ u vezi s ovršnim postupkom koji je talijansko trgovačko društvo Caffaro Srl kao vjerovnik vodio protiv talijanske osobe javnog prava, Azienda Unità Sanitaria Locale RM/C, kao dužnika. Caffaro Srl podnio je ovršni naslov radi prisilne pljenidbe tražbine ovršenikovom dužniku, banci Banca di Roma, no to je učinio prije proteka roka od 120 dana od dana dostave ovršnog naslova ovršeniku Azienda Unità Sanitaria Locale RM/C, a u kojemu je prema talijanskom zakonu osoba javnog prava dužna ispuniti novčanu obvezu na koju se ovršni naslov odnosi, te prije proteka kojega roka vjerovnik prema talijanskom zakonu nije ovlašten nastaviti ovršni postupak protiv osobe javnog prava.<sup>43</sup> Građanski sud u Rimu utvrdio je da je ovršni naslov ovršenikovom dužniku podnesen prije isteka zakonskog roka od 120 dana, zbog čega ovršenikov dužnik ne bi smio prije isteka toga roka prenijeti tražbinu radi isplate vjerovniku, no vjerovnik je u postupku zahtijevao da sud ne primijeni predmetnu odredbu talijanskog zakona pozivajući se na to da ona nije u skladu s odredbama Direktive 2000/35/EZ.<sup>44</sup> Stoga je Građanski sud u Rimu zastao s postupkom te uputio zahtjev Europskom sudu da Europski sud u okviru prethodnog postupka o interpretaciji Direktive 2000/35/EZ odgovori na pitanje je li Direktivi 2000/35/EZ protivna takva odredba talijanskog zakona kojom se određuje da vjerovnik koji posjeduje valjani ovršni naslov radi isplate nesporne tražbine iz ugovora s osobom javnog prava ne može nastaviti s ovršnim postupkom protiv osobe javnog prava prije isteka roka od 120 dana od dana dostave ovršnog naslova ovršeniku.<sup>45</sup> Europski sud je istaknuo da Direktiva 2000/35/EZ samo harmonizira rokove unutar kojih ovršni naslov mora biti moguće pribaviti, ali ne uređuje postupke prisilne ovrhe takvog ovršnog naslova koji su i dalje predmetom nacionalnog prava država članica.<sup>46</sup> Kako odredba talijanskog zakona ne utječe ni na koji način na vrijeme u kojemu vjerovnik može pribaviti ovršni naslov, već je naprotiv preduvjet njezine primjene da vjerovnik već posjeduje ovršni naslov, Europski sud je ocijenio da predmetna odredba talijanskog zakona nije u protivnosti sa zahtjevima postavljenim odredbama Direktive 2000/35/EZ.<sup>47</sup>

Zanimljivo je da Europski sud u predmetu *Caffaro* nije prihvatio mišljenje koje je o predmetu dala nezavisna odvjetnica Verica Trstenjak.<sup>48</sup> Nezavisna odvjetnica

42 Presuda Europskog suda od 11. rujna 2008., u predmetu C-265/07, *Caffaro Srl protiv Azienda Unità Sanitaria Locale RM/C* (OJ C 285, 8.11.2008., dostupno na: <<http://curia.europa.eu>>, 28. rujna 2013.; dalje u tekstu: *Caffaro*).

43 *Caffaro*, §§ 7 – 9.

44 *Caffaro*, §§ 11 i 12.

45 *Caffaro*, §§ 7 i 13.

46 *Caffaro*, § 18.

47 *Caffaro*, §§ 19 i 24.

48 Mišljenje nezavisne odvjetnice Verice Trstenjak dano 24. travnja 2008. u predmetu *Caffaro* (ECR I/2008, str. 7085. i d., dostupno na: <<http://eur-lex.europa.eu>>, 6. listopada 2013.; dalje u tekstu: mišljenje n.o. Trstenjak).

Trstenjak istaknula je u svome mišljenju da su države članice, unatoč tome što bi doslovna interpretacija odredaba Direktive 2000/35/EZ dovela do zaključka da tijek ovršnog postupka nakon pribavljanja ovršnog naslova nije u nadležnosti Zajednice, dužne svoju nadležnost ostvarivati na način koji neće biti protivan ciljevima Direktive 2000/35/EZ.<sup>49</sup> Prema njezinom mišljenju, odredba Direktive 2000/35/EZ o roku od devedeset dana za pribavljanje ovršnog naslova gubi smisao ako vjerovnik nakon što je pribavio ovršni naslov ne može temeljem njega prisilno naplatiti svoju tražbinu odmah već mora čekati da protekne neko drugo vremensko razdoblje, kao što je to rok od 120 dana prema spornoj odredbi talijanskog zakona.<sup>50</sup> Stoga je predlagala da Europski sud u predmetu *Caffaro* odredbe Direktive 2000/35/EZ interpretira teleološki, a ne usko gramatički, te imajući u vidu da je cilj Direktive 2000/35/EZ spriječiti zakašnjela plaćanja u trgovačkim ugovorima donese odluku prema kojoj sporna odredba talijanskog zakona nije u skladu sa zahtjevima Direktive 2000/35/EZ.<sup>51</sup>

Nezavisna odvjetnica Trstenjak nije usamljena u svome stavu – i u pravnoj literaturi pojedini autori pristup Europskog suda u predmetu *Caffaro* označavaju suzdržanim. Ističe se tako da iz toga što Direktiva 2000/35/EZ određuje da se njome ne uređuju različiti postupci za prisilnu ovrhu takvog naslova ne proizlazi izričito i da su takvi postupci u cijelosti u isključivoj nadležnosti država članica, te da je Europski sud stoga mogao vrlo lako donijeti i drukčiju odluku u predmetu.<sup>52</sup>

Kako Direktiva 2011/7/EU sadrži odredbe koje su u bitnome istovjetne onima sadržanim u Direktivi 2000/35/EZ, a koje su bile predmetom interpretacije u slučaju *Caffaro*, tumačenje Europskog suda prema kojemu Direktiva 2000/35/EZ ne utječe na nacionalna pravila o tijeku postupaka prisilne ovrhe ovršnog naslova, vrijedi i u kontekstu odredaba Direktive 2011/7/EU. Stoga je uređenje pravila ovršnog postupka i prema Direktivi 2011/7/EU u isključivoj nadležnosti država članica.

## **5. PRAVO VJEROVNIKA NA RAZUMNU NAKNADU TROŠKOVA PARNIČNOG I OVRŠNOG POSTUPKA**

Odredbom čl. 6. st. 1., Direktiva 2011/7/EU obvezuje države članice da u slučaju zakašnjenja s plaćanjem predvide u nacionalnom pravu pravo vjerovnika na posebnu naknadu u fiksnom iznosu od najmanje 40 eura, a koja je namijenjena za pokriće onih vjerovnikovih vlastitih troškova koji se odnose na administrativne i interne izdatke povezane s naplatom tražbine.<sup>53</sup> Posebna naknada u iznosu od

49 Mišljenje n.o. Trstenjak, § 43.

50 Mišljenje n.o. Trstenjak, § 38.

51 Mišljenje n.o. Trstenjak, §§ 34, 35 i 45.

52 Weatherill, S., *Interpretation of the Directives: The Role of the Court*, u: Hartkamp, A. S., Hesselink, M. W., Hondius, E. H., Mak, C. i Perron, C. E. du (ur.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011., str. 191.

53 Kao što su to troškovi izrade opomena slanih dužniku, poštanski troškovi slanja opomene dužniku, troškovi uredskog materijala, troškovi telefonskih razgovora kojima se dužnika

40 eura nije namijenjena pokriću drugih izdataka koji su nastali vjerovniku u vezi s naplatom vjerovnikove tražbine prema dužniku, kao što su izdatci nastali angažiranjem odvjetnika ili društva specijaliziranog za naplatu potraživanja.<sup>54</sup>

Pored prava na paušalnu naknadu u iznosu od 40 eura, države članice obvezne su osigurati u nacionalnom pravu i pravo vjerovnika na razumnu naknadu drugih troškova pod uvjetom da su oni „prouzročeni dužnikovim zakašnjenjem s plaćanjem“ (prema odredbi čl. 6. st. 3. Direktive 2011/7/EU).<sup>55</sup> Stoga se opravdano postavlja pitanje zahtijeva li Direktiva 2011/7/EU da države članice u nacionalnom procesnom pravu predvide pravo vjerovnika na razumnu naknadu troškova parničnog i ovršnog postupka vođenih radi isplate tražbine s plaćanjem koje je dužnik bio u zakašnjenju.

Odredbom čl. 3. st. 1. t. e) ranije Direktive 2000/35/EZ također je bilo naloženo državama članicama priznati pravo vjerovnika na razumnu naknadu troškova prouzrokovanih zakašnjenjem, a ta je odredba bila i predmetom tumačenja Europskog suda u predmetu C-235/03, *QDQ Media SA protiv Alejandra Omedas Leche*.<sup>56</sup>

U tome je predmetu Prvostupanjski sud br. 35 u Barceloni (*Juzgado de Primera Instancia No 35 de Barcelona*) zatražio od Europskog suda da donese prethodnu odluku o interpretaciji odredaba Direktive 2000/35/EZ u vezi s parničnim postupkom koji je španjolsko trgovačko društvo QDQ Media SA kao vjerovnik pokrenulo protiv Alejandra Omedas Lechae, dužnika koji nije isplatio naknadu za usluge oglašavanja pružene mu za potrebe njegove profesionalne djelatnosti.<sup>57</sup> Vjerovnik je od španjolskog suda zahtijevao izdavanje platnog naloga kojim bi se dužniku naložila isplata dužne naknade te isplata troškova sastavljanja zahtjeva za izdavanjem platnog naloga za čije je sastavljanje vjerovnik angažirao odvjetnika.<sup>58</sup> Prema španjolskom Zakonu o parničnom postupku, za podnošenje zahtjeva za izdavanje platnog naloga nije nužno zastupanje po odvjetniku, a kada zastupanje po odvjetniku nije nužno, odvjetnički troškovi koje je podmirila jedna strana ne uračunavaju se u troškove koje bi protivna strana morala naknaditi u slučaju da ne uspije u sporu.<sup>59</sup> Stoga je španjolski sud zastao s postupkom te Europskom sudu na prethodnu odluku uputio pitanje je li izdatke koji proizlaze iz odvjetničkog angažmana u postupku pokrenutom radi isplate tražbine moguće smatrati troškovima prouzrokovanim zakašnjenjem dužnika s plaćanjem u smislu odredaba

---

pozivalo na plaćanje dužne novčane obveze i sl. (Tot, I., Pojam i pravne posljedice..., op. cit. u bilj. 4, str. 792.).

54 Ibid., str. 792. – 793.

55 Opširnije o ovoj obvezi država članica vidi u: ibid., str. 793. – 796.

56 Presuda Europskog suda od 10. ožujka 2005., u predmetu C-235/03, *QDQ Media SA protiv Alejandra Omedas Lechae* (OJ C 115, 14.5.2005., dostupno na: <<http://curia.europa.eu>>, 28. rujna 2013., dalje u tekstu: *QDQ Media*).

57 *QDQ Media*, § 2.

58 *QDQ Media*, § 9.

59 *QDQ Media*, §§ 5 i 8.



Direktive 2000/35/EZ.<sup>60</sup> Europski sud je utvrdio da, ako prema nacionalnom pravu nije moguće obvezati tuženika na naknadu troškova nastalih tužitelju zbog zastupanja tužitelja po odvjetniku u postupku koji je tužitelj pokrenuo radi isplate tražbine koju ima prema tuženiku, a to u španjolskom pravu u konkretnom slučaju nije moguće, tada ni Direktiva 2000/35/EZ sama po sebi ne može biti temelj za obvezivanje tuženika na naknadu takvih troškova.<sup>61</sup> Takvo stajalište u skladu je s ranije prihvaćenim stajalištima Europskog suda prema kojima direktive nemaju horizontalni izravni učinak jer njihovi adresati nisu pojedinci već države članice.<sup>62</sup>

Utvrdivši u predmetu *QDQ Media* da se vjerovnik ne može izravno u horizontalnom odnosu pozvati na Direktivu 2000/35/EZ kao temelj za ostvarivanje prava na isplatu troškova zastupanja po odvjetniku, Europski sud nije odgovorio na pitanje zahtijeva li Direktiva 2000/35/EZ od država članica da u nacionalnom pravu osiguraju pravo vjerovnika na naknadu troškova zastupanja po odvjetniku u postupku koji je vjerovnik vodio radi isplate tražbine s plaćanjem koje se dužnik nalazi u zakašnjenju. Mišljenje je autora da među troškove koji vjerovniku mogu nastati uslijed dužnikova zakašnjenja s plaćanjem svakako ulaze i troškovi parničnog i ovršnog postupka koje bi vjerovnik morao pokrenuti radi naplate svoje tražbine prema dužniku, što uključuje i troškove sudskih pristojbi te troškove zastupanja po odvjetniku. Kako su države članice i prema Direktivi 2011/7/EU obvezne u nacionalnom pravu osigurati pravo vjerovnika na razumnu naknadu troškova nastalih vjerovniku uslijed dužnikova zakašnjenja s plaćanjem, zaključuje se da je obveza država članica u nacionalnom pravu predvidjeti i pravo vjerovnika na razumnu naknadu troškova parničnog i ovršnog postupka koje je vjerovnik morao pokrenuti radi isplate tražbine s plaćanjem koje se dužnik našao u zakašnjenju. Prema tome, ako prema nacionalnom pravu države članice vjerovnik ne bi imao pravo barem na razumnu naknadu troškova postupka vođenog radi isplate tražbine iz trgovačkog ugovora s plaćanjem koje se dužnik našao u zakašnjenju, tada država članica nije ispunila zahtjev Direktive 2011/7/EU koja obvezuje države članice da u nacionalnom pravu osiguraju pravo vjerovnika na razumnu naknadu troškova prouzrokovanih mu uslijed dužnikova zakašnjenja s plaćanjem.

Potrebno je dodati i da, u konkretnom slučaju o kojemu je bilo riječ u predmetu *QDQ Media*, vjerovnik ne bi uspio sa zahtjevom za naknadom troškova sastavljanja zahtjeva za izdavanjem platnog naloga sve i kad bi odredbe Direktive 2000/35/EZ imale horizontalni izravni učinak. Naime, kako prema španjolskom

60 *QDQ Media*, § 10.

61 *QDQ Media*, §§ 14 – 17.

62 Horizontalni izravni učinak je takav učinak sekundarnog prava Europske unije koji omogućuje pojedincima da subjektivna prava ostvaruju u horizontalnom odnosu, odnosno protiv drugih pojedinaca, izravnim pozivanjem na odredbe sekundarnog prava Europske unije. Takav učinak u pravu Europske unije imaju uredbe, no ne i direktive. Opširnije o horizontalnom izravnom učinku vidi u: Čapeta, T. i Rodin, S., *Osnove prava Europske unije*, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 54. – 56.; Rodin, S. i Čapeta, T. (ur.), *Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu*, Pravosudna akademija, Zagreb, 2008., str. 14., 29 – 30., 32 – 34.

propisu zastupanje po odvjetniku nije nužno za podnošenje zahtjeva za izdavanjem platnog naloga, izdatci koji su vjerovnikovu nastali zbog angažmana odvjetnika za sastavljanje toga zahtjeva ne bi se mogli smatrati troškovima koji su vjerovniku prouzročeni dužnikovim zakašnjenjem jer ih je vjerovnik mogao lako izbjeći.<sup>63</sup> Stoga se u konkretnom slučaju ne bi mogla primijeniti odredba Direktive 2000/35/EZ o pravu vjerovniku na razumnu naknadu troškova prouzrokovanih vjerovniku dužnikovim zakašnjenjem.

## 6. ZAKLJUČAK

S obzirom na to da razlozi zakašnjenja s ispunjenjem novčanih obveza iz trgovačkih ugovora najčešće leže, s jedne strane, u nemogućnosti pravodobnog plaćanja uslijed financijskih poteškoća, a s druge i u namjernom neplaćanju unatoč financijskim mogućnostima,<sup>64</sup> tražbine s kojima se dužnici nalaze u zakašnjenju s plaćanjem prema vjerovnicima najčešće nisu sporne među ugovornim stranama iz trgovačkog ugovora, pa je stoga logičan pristup europskog zakonodavca koji Direktivom 2011/7/EU kao direktivom minimalne harmonizacije nastoji ujednačiti nacionalna prava država članica Europske unije upravo u pogledu postupaka prisilne naplate nespornih tražbina. Kako se pri uređenju postupaka naplate nespornih tražbina Direktiva 2011/7/EU ograničava samo na obvezivanje država članica da u nacionalnom pravu predvide da vjerovnik novčane obveze iz trgovačkog ugovora može pribaviti ovršni naslov uobičajeno u roku od devedeset kalendarskih dana, ali ne uređuje i tijek ovršnog postupka nakon što je vjerovnik pribavio ovršni naslov, upitno je koliko odredbe Direktive 2011/7/EU uistinu mogu pridonijeti suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima i efikasnoj zaštiti vjerovnika novčanih obveza od negativnih učinaka zakašnjenja s plaćanjem. Vrijeme koje je potrebno za uspješno ostvarenje tražbine u ovršnom postupku uvelike se razlikuje među državama članicama,<sup>65</sup> pa bi stoga fokus europskog zakonodavca, koji nastoji eliminirati negativne posljedice koje kultura nepravovremenog plaćanja ostavlja na pravilno funkcioniranje zajedničkog unutarnjeg tržišta, trebao biti na harmonizaciji pravila ovršnog postupka jer vjerovniku novčane obveze koji je pribavio ovršni naslov u relativno kratkom roku ne znači previše činjenica da je pribavio ovršni naslov ako mu je radi potpune naplate tražbine temeljem pribavljenog ovršnog naslova potreban još daljnji, često nepredvidljivo dugo vremensko razdoblje.

63 Tako zaključuje i: Grondona, M., Case: ECJ – QDQ Media, European Review of Contract Law, vol. 3, br. 2, 2007., str. 193.

64 Opširnije vidi u: Tot, I., Pravna osnova i ciljevi Direktive 2011/7/EU..., op. cit. u bilj. 1, str. 225. – 228.

65 Vrijeme koje je u prosjeku potrebno za određivanje i provedbu ovrhe kreće se od 20 dana u Estoniji i Nizozemskoj, 21 dana u Švedskoj i 28 dana u Danskoj do 160 dana u Poljskoj, 270 dana u Italiji i 360 dana u Sloveniji (prema: Albert, J. (ur.), Study on the effectiveness of EC legislation on combating late payment, 2006., dostupno na: <[http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/late\\_payments/doc/finalreport\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/late_payments/doc/finalreport_en.pdf)>, 21. listopada 2013.).

Europski sud u predmetima koji su se ticali tumačenja odredaba ranije Direktive 2000/35/EZ nije bio sklon preuzeti aktivniju ulogu i odredbe Direktive 2000/35/EZ interpretirati teleološki na način kojim bi bila postignuta i harmonizacija određenih pravila ovršnog postupka, iako je i prema stajalištima pravne literature i prema mišljenju nezavisnog odvjetnika danog u jednom od predmeta bilo prostora za takvo ekstenzivnije tumačenje odredaba Direktive 2000/35/EZ. Ostaje za vidjeti hoće li u povodu budućih zahtjeva za tumačenjem odredbi Direktive 2011/7/EU Europski sud ipak promijeniti do sada usvojeni pristup.

U međuvremenu, barem u prekograničnim sporovima, zaštiti vjerovnika novčanih obveza iz trgovačkih ugovora koji ne posjeduju ovršni naslov, zasigurno će više pridonijeti odredbe Uredbe 1896/2006 negoli odredbe Direktive 2011/7/EU. Naime, u postupku radi izdavanja europskog platnog naloga od dana podnošenja zahtjeva za izdavanjem europskog platnog naloga do dana kada europski platni nalog stječe svojstvo ovršnosti ne bi smjelo proteći više od šezdeset dana, pa vjerovnik koji se opredijeli za takav postupak načelno može pribaviti ovršni naslov u kraćem roku nego što bi to bio slučaj s nekim drugim postupkom predviđenim nacionalnim pravom koje je usklađeno s odredbama Direktive 2011/7/EU. K tome, ne prigovori li dužnik europskom platnom nalogu u za to određenom roku, sud proglašava europski platni nalog ovršnim bez odgode, a ovršni europski platni nalog priznaje se i ovršuje u drugoj državi članici bez potrebe za potvrdom o ovršnosti i bez svake mogućnosti protivljenja njegovom priznanju.

O drugim izvorima europskog građanskog procesnog prava ovisit će i ispravno tumačenje odredaba Direktive 2011/7/EU kojima se uređuju postupci naplate nespornih tražbina. Pokazano je tako u ovome radu da je za razumijevanje odredaba Direktive 2011/7/EU osobito značajna i Uredba 805/2004 čija se definicija pojma „nesporne tražbine“ prema mišljenju autora ima primijeniti i u kontekstu odredaba Direktive 2011/7/EU.

## Summary

### **RECOVERY PROCEDURES FOR UNCHALLENGED CLAIMS ACCORDING TO DIRECTIVE 2011/7/EU ON COMBATING LATE PAYMENT IN COMMERCIAL TRANSACTIONS**

The provisions of the Directive 2011/7/EU on combating late payment in commercial contracts governing the recovery procedures for unchallenged claims are analyzed in this paper in comparison with the solutions contained in the relevant sources of European civil procedure law. Since they are necessary for the understanding of the provisions of Directive 2011/7/EU, the interpretations of the earlier Directive 2000/35/EC given by the European Court of Justice are critically described in the paper. In addition to determining the meaning of the provisions of Directive 2011/7/EU, the aim of this paper is to examine whether these provisions provide adequate protection to creditors of monetary obligations in commercial transactions. It is concluded that certain other sources of European civil procedure law contribute more to the protection of creditors than the provisions of Directive 2011/7/EU and that in order to achieve a higher degree of creditor protection from the negative effects of late payment, the focus of the discussions should be directed to the harmonization of rules enforcement procedure.

**Key-words:** *recovery procedures for unchallenged claims, enforceable title, Directive 2011/7/EU, Directive 2000/35/EC.*

## Zusammenfassung

### **VERFAHREN DER EINZIEHUNG VON UNBESTRITTENEN FORDERUNGEN GEMÄSS DER RICHTLINIE 2011/7/EU ZUR BEKÄMPFUNG VON ZAHLUNGSVERZUG IM GESCHÄFTSVERKEHR**

Die Bestimmungen der Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, durch welche das Verfahren der Einziehung von unbestrittenen Forderungen geregelt wird, werden in der Arbeit komparativ mit Beschlüssen aus relevanten Quellen des europäischen Zivilprozessrechts analysiert. Die vom Europäischen Gerichtshof gegebenen Auslegungen der früheren Richtlinie 2000/35/EG, welche wesentlich für das Verstehen von Bestimmungen der Richtlinie 2011/7/EU sind, werden kritisch dargestellt. Neben der Feststellung der Bedeutung von Bestimmungen der Richtlinie 2011/7/EU ist das Ziel der Arbeit, zu überprüfen, ob diese Bestimmungen den Gläubigern bei den pekuniären Verpflichtungen aus

Handelsverträgen angemessenen Schutz bieten. Abschließend wird betont, dass die Bestimmungen aus anderen Quellen des europäischen Zivilprozessrechts dem Schutz der Gläubiger bei den pekuniären Verpflichtungen mehr als die Bestimmungen der Richtlinie 2011/7/EU beitragen werden. Ebenfalls wird betont, dass wegen dem besseren Schutz der Gläubiger vor negativen Wirkungen des Zahlungsverzugs, die Harmonisierung der Regeln des Zwangsvollstreckungsverfahrens im Brennpunkt der Diskussion stehen sollte.

**Schlüsselwörter:** *Verfahren der Einziehung von unbestrittenen Forderungen, Zwangsvollstreckungstitel, Richtlinie 2011/7/EU, Richtlinie 2000/35/EG.*

## Riassunto

### **I PROCEDIMENTI VOLTI AL PAGAMENTO DEI CREDITI NON CONTESTATI IN FORZA DELLA DIRETTIVA 2011/7/EU RELATIVA ALLA LOTTA CONTRO I RITARDI DI PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI**

Le disposizioni della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali mediante le quali si disciplinano i procedimenti volti al pagamento dei crediti non contestati nel presente lavoro si analizzano comparandole con le soluzioni contenute nelle fonti giuridiche rilevanti del diritto processuale civile europeo. Si osservano criticamente le interpretazioni della precedente direttiva 2000/35/CE offerte dalla Corte di Giustizia nelle sue pronunce, le quali sono necessarie anche per la comprensione della nuova direttiva 2011/7/UE. Oltre all'accertamento del significato delle disposizioni della direttiva 2011/7/UE, lo scopo del lavoro è di indagare se dette norme offrano ai creditori di obbligazioni pecuniari derivanti da transazioni commerciali una tutela adeguata. Si perviene alla conclusione che maggiore tutela viene garantita a tali creditori da disposizioni di altre fonti del diritto processuale civile europeo, che non dalla direttiva 2011/7/UE e che al fine di raggiungere un grado più elevato di protezione dei creditori dagli effetti negativi del ritardo nel pagamento la diatriba dottrinale dovrebbe spostarsi verso l'armonizzazione delle regole del procedimento esecutivo.

**Parole chiave:** *procedimenti di pagamento dei debiti non contestati, titolo esecutivo, direttiva 2011/7/UE, direttiva 2000/35/CE.*

## IMOVINSKOPRAVNI ZAHTJEV PREMA OKRIVLJENIKU ODGOVORNOJ OSOBI KADA JE KAZNENIM DJELOM PRIBAVIO IMOVINSKU KORIST ZA PRAVNU OSOBU

Ines Grubišić, dipl. iur.  
Zamjenica ravnateljice USKOK-a  
Zagreb

UDK: 343.351  
Ur.: 15. listopada 2014.  
Pr.: 24. studenog 2014.  
Prethodno priopćenje

### **Sažetak**

*Osoba koja je počinjenjem kaznenog djela pretrpila štetu ima pravo istu nadoknaditi od osobe koja joj je počinjenjem kaznenog djela tu štetu prouzročila. Kada šteta proizlazi iz kaznenog djela koje je počinila odgovorna osoba pravne osobe zastupajući tu pravnu osobu i stekavši imovinsku korist za tu pravnu osobu, oštećenik naknadu štete može potraživati od pravne osobe s kojom je bio u pravnom odnosu koji je nastao počinjenjem kaznenog djela ili od odgovorne osobe kao fizičke osobe koja mu je kaznenim djelom kao takvim prouzročila štetu. Kazneno djelo odgovorne fizičke osobe predstavlja štetnu radnju kojom je između nje i oštećenika zasnovan njihov međusoban i neposredan izvanugovorni odnos kojim je za odgovornu osobu nastala obveza naknade štete*

**Ključne riječi:** *imovinskopravni zahtjev, kazneno djelo, šteta, imovinska korist pravna osoba.*

### **1. UVOD**

Jedno od temeljnih prava osobe oštećene počinjenjem kaznenog djela jest njezino pravo na naknadu štete koja joj je prouzročena počinjenjem kaznenog djela. Navedeno proizlazi iz pravnih, socijalnih i moralnih postulata društva, a u Republici Hrvatskoj artikulirano je u više odredaba relevantnih propisa.

Pravo oštećenika da ostvari naknadu štete od počinitelja kaznenog djela omogućuje mu se između ostalog institutom imovinskopravnog zahtjeva. Imovinskopravni zahtjev omogućuje oštećeniku da svoju građanskopravnu tražbinu, koja se temelji na činjenici da je na njegovu štetu počinjeno kazneno djelo, ostvari u okviru kaznenog postupka protiv okrivljenika.

Institut imovinskopravnog zahtjeva je stoga točka u kojoj se susreću elementi kaznenog i građanskog prava i kao takav pokazuje određene specifičnosti u različitim spornim pitanjima koja se pojavljuju u praksi.

Predmet ovoga rada bit će analiza važećih zakonskih odredbi koje se tiču mogućnosti naknade štete prouzročene kaznenim djelom, i to u specifičnim situacijama kada oštećenik ima interes postaviti imovinskopravni zahtjev prema okrivljeniku fizičkoj osobi, koja je kazneno djelo na njegovu štetu počinila zastupajući pravnu osobu i ostvarivši protupravnu imovinsku korist za tu pravnu osobu.

Navedeno pitanje u posljednje vrijeme pokazalo se spornim u praksi, a isto dobiva na značaju ima li se u vidu činjenica da se kazneni postupci protiv pravnih osoba koji prate kaznene postupke protiv odgovorne fizičke osobe nerijetko obustavljaju (o tome više u nastavku). Tada se oštećeniku onemogućuje ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva prema pravnim osobama u kaznenom postupku, a ako je pravna osoba u međuvremenu prestala postojati i nema pravnog sljednika, to mu je onemogućeno i u parnici.

U kontekstu navedenoga, nesporno je da će oštećenik koji je kaznenim djelom pretrpio štetu, u takvim situacijama, a i općenito, imati interes istu nadoknaditi neposredno od osobe čijim mu je postupanjem ista uzrokovana, tj. od okrivljenika odgovorne osobe kao fizičke osobe.

## **2. PRAVO OŠTEĆENE OSOBE NA NAKNADU ŠTETE PROUZROČENE KAZNENIM DJELOM – KAZNENOPRAVNE ODREDBE**

### **2.1. Kaznenopravne odredbe - općenito**

Na samom početku teksta Zakona o kaznenom postupku (NN 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13 – dalje u tekstu: ZKP) propisano je da se tim zakonom utvrđuju pravila kojima se osigurava da nitko nedužan ne bude osuđen, a da se počinitelju kaznenog djela izrekne kazna ili druga mjera uz uvjete koje predviđa zakon i na temelju zakonito provedenog postupka pred nadležnim sudom.<sup>1</sup>

Imajući u vidu temu ovoga rada i, s tim u vezi, analizirajući svrhu kaznenog materijalnog i procesnog prava s aspekta odgovornosti počinitelja kaznenog djela za naknadu štete prouzročene kaznenim djelom, uzet će se u fokus dio naprijed navedenog načela kaznenog postupka koji se odnosi na zahtjev da se počinitelju za kaznenog djelo izrekne kazna ili *druga mjera*.

Kazne i mjere koje se počinitelju kaznenog djela mogu izreći normirane su u svom općem obliku u Kaznenom zakonu (NN 125/12, 144/13 – dalje u tekstu: KZ). Člankom 41. KZ-a propisano je da je svrha kažnjavanja “izraziti društvenu osudu zbog počinjenog kaznenog djela, jačati povjerenje građana u pravni poredak utemeljen na vladavini prava, utjecati na počinitelja i sve druge da ne čine kaznena djela kroz jačanje svijesti o pogibeljnosti činjenja kaznenih djela i o pravednosti kažnjavanja te omogućiti počinitelju ponovno uključivanje u društvo”.

1 Čl. 1. ZKP-a.

Člankom 47. KZ-a propisane su okolnosti koje će sud ocijeniti u odmjeravanju kazne, a koje utječu da kazna po vrsti i mjeri bude lakša ili teža, među kojim okolnostima se izričito navodi da će se osobito cijeniti ponašanje počinitelja nakon počinjenja kaznenog djela, odnos prema žrtvi i trud da nadoknadi štetu.<sup>2</sup>

Važnost koja se pri kažnjavanju za počinjeno kazneno djelo daje obeštećivanju oštećenika proizlazi i iz činjenice da je upravo odnos počinitelja prema oštećeniku i naknadi štete uzrokovane kaznenim djelom izričiti kriterij za primjenu sudskog ublažavanja kazne<sup>3</sup>, oslobođenja od kazne u određenim slučajevima<sup>4</sup>, a kod uvjetne osude posebno istaknuta okolnost koju će sud uzeti u obzir pri razmatranju mogućnosti primjene tog instituta.<sup>5</sup>

Kaznenim zakonom također je kao posebna mjera propisana mogućnost suda da počinitelju naloži da u određenom roku popravi štetu počinjenu kaznenim djelom.<sup>6</sup> Ista mjera može se izreći i uz uvjetnu osudu, djelomičnu uvjetnu osudu i rad za opće dobro<sup>7</sup>, u kojim slučajevima postaje u određenoj mjeri uvjetom

2 Čl. 47. st. 1. KZ-a: Pri izboru vrste i mjere kazne sud će, polazeći od stupnja krivnje i svrhe kažnjavanja, ocijeniti sve okolnosti koje utječu da kazna po vrsti i mjeri bude lakša ili teža (olakotne i otegotne okolnosti), a osobito jačinu ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, pobude iz kojih je kazneno djelo počinjeno, stupanj povrede počiniteljevih dužnosti, način počinjenja i skrivljene učinke kaznenog djela, prijašnji počiniteljev život, njegove osobne i imovinske prilike te njegovo ponašanje nakon počinjenog kaznenog djela, odnos prema žrtvi i trud da naknadi štetu.

3 Čl. 48. st. 2. KZ-a: Blažu kaznu od propisane za određeno kazneno djelo sud može izreći i kad postoje naročite olakotne okolnosti, osobito ako se počinitelj pomirio sa žrtvom, ako joj je u potpunosti ili većim dijelom naknadio štetu prouzročenu kaznenim djelom ili se ozbiljno trudio naknaditi tu štetu, a svrha kažnjavanja može se postići i takvom blažom kaznom.

4 Čl. 50. st. 1. KZ-a: Sud može osloboditi kazne počinitelja:

1. kad se takva ovlast temelji na izričitoj zakonskoj odredbi,

2. kad ga posljedice kaznenog djela počinjenog iz nehaja tako teško pogađaju da je njegovo kažnjavanje nepotrebno radi ostvarenja svrhe kažnjavanja,

3. kad je počinitelj nastojao otkloniti ili umanjiti posljedice kaznenog djela počinjenog iz nehaja te naknadio štetu koju je njime prouzročio,

4. kad se počinitelj kaznenog djela za koje je propisana samo novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine pomirio sa žrtvom i naknadio štetu.

5 Čl. 56. st. 2. KZ-a: Sud može počinitelju koji je osuđen na kaznu zatvora u trajanju do jedne godine ili na novčanu kaznu izreći uvjetnu osudu kad ocijeni da počinitelj i bez izvršenja kazne neće ubuduće činiti kaznena djela. Pritom će se voditi računa o ličnosti počinitelja, njegovu prijašnjem životu, osobito je li ranije osuđivan, obiteljskim prilikama, okolnostima počinjenja samog kaznenog djela te ponašanju nakon počinjenog kaznenog djela, osobito o odnosu počinitelja prema žrtvi i nastojanju da oštećeniku popravi štetu.

6 Čl. 62. st. 1. KZ-a: Sud može počinitelju naložiti da u određenom roku:

1. popravi štetu počinjenu kaznenim djelom,

2. uplati određenu svotu novaca u korist javne ustanove, u humanitarne ili karitativne svrhe, odnosno u fond za naknadu štete žrtvama kaznenih djela, ako je to primjereno s obzirom na počinjeno djelo i ličnost počinitelja.

7 Čl. 56. st. 4. KZ-a:

Sud može počinitelju uz uvjetnu osudu odrediti jednu ili više posebnih obveza samostalno sukladno odredbama članka 62. i članka 63. ovoga Zakona ili uz zaštitni nadzor sukladno odredbi članka 64. ovoga Zakona.



neizvršavanja kazne zatvora<sup>8</sup>.

Kada se uz sve navedeno uzmu u obzir odredbe ZKP-a o pravima oštećenika u kaznenom postupku<sup>9</sup>, naknada štete prouzročene kaznenim djelom ukazuje se doista

- 
- Čl. 57. st. 5. KZ-a: Na uvjetovani dio kazne shodno se primjenjuju odredbe iz članka 56., članka 58., članka 62., članka 63. i članka 64. ovoga Zakona.
- Čl. 55. st. 3. KZ-a: Sud može počinitelju uz rad za opće dobro odrediti jednu ili više posebnih obveza iz članka 62. ovoga Zakona i/ili zaštitni nadzor iz članka 64. ovoga Zakona čije trajanje ne može biti duže od vremena u kojem počinitelj mora izvršiti rad za opće dobro.
- 8 Čl. 58. st. 5. KZ-a: Sud može opozvati uvjetnu osudu i odrediti izvršenje izrečene kazne osuđeniku koji bez opravdanog razloga krši obvezu koja mu je određena sigurnosnom mjerom izrečenom uz uvjetnu osudu ili u roku koji mu je određen ne izvrši u potpunosti ili većoj mjeri obveze navedene u članku 62. ovoga Zakona, ili ih teško ili uporno krši, ili ustrajno izbjegava provođenje zaštitnog nadzora iz članka 64. ovoga Zakona. Ako se utvrdi da počinitelj obveze nije izvršio iz opravdanih razloga ili da je iz opravdanih razloga izbjegavao zaštitni nadzor, sud može obveze zamijeniti drugima, ili mu izreći zaštitni nadzor ako ga do tada nije imao, ili ga može osloboditi obveza, odnosno zaštitnog nadzora, ili mu može produljiti rok za izvršenje izrečenih obveza ili zaštitnog nadzora.
- Čl. 55. st. 8. KZ-a: Ako osuđenik ne izvrši u potpunosti ili u većoj mjeri obveze iz stavka 3. ovoga članka (*v. bilj. 7*), ili ih teško ili uporno krši, ili ustrajno izbjegava provođenje zaštitnog nadzora iz članka 64. ovoga Zakona, ili bez opravdanog razloga krši obvezu koja mu je određena sigurnosnom mjerom, sud će donijeti odluku kojom određuje izvršenje prvotno izrečene kazne. Ako se utvrdi da počinitelj obveze nije izvršio iz opravdanih razloga ili da je iz opravdanih razloga izbjegavao zaštitni nadzor, sud može obveze zamijeniti drugima, ili mu izreći zaštitni nadzor ako ga do tada nije imao, ili ga može osloboditi obveza, odnosno zaštitnog nadzora, ili mu može produljiti rok za izvršenje izrečenih obveza ili zaštitnog nadzora.
- 9 Čl. 47. ZKP-a: (1) U kaznenom postupku oštećenik ima, u skladu s ovim Zakonom, pravo:
- 1) služiti se vlastitim jezikom uključujući i znakovni jezik gluhih i gluhoslijepih i na pomoć tumača ako ne razumije ili se ne služi hrvatskim jezikom odnosno prevoditelja ili tumača znakovnog jezika ako se radi o gluhom ili gluhoslijepom oštećeniku,
  - 2) podnijeti prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva te privremenih mjera osiguranja,
  - 3) na opunomoćenika,
  - 4) upozoravati na činjenice i predlagati dokaze,
  - 5) prisustvovati dokaznom ročištu,
  - 6) prisustvovati raspravi i sudjelovati u dokaznom postupku, te iznijeti završni govor,
  - 7) izvršiti uvid u spis predmeta sukladno članku 184. stavku 2. ovog Zakona,
  - 8) zatražiti obavijest od državnog odvjetnika o poduzetim radnjama povodom njegove prijave (članak 206.a) i podnijeti pritužbu višem državnom odvjetniku (članak 206.b),
  - 9) podnijeti žalbu,
  - 10) podnijeti prijedlog za progon i privatnu tužbu sukladno odredbama Kaznenog zakona,
  - 11) biti obaviješten o odbacivanju kaznene prijave ili odustajanju državnog odvjetnika od kaznenog progona,
  - 12) preuzeti kazneni progon umjesto državnog odvjetnika,
  - 13) zatražiti povrat u prijašnje stanje,
  - 14) biti obaviješten o ishodu kaznenog postupka.
- (2) Državno odvjetništvo i sud dužni su prije i tijekom kaznenog postupka u svakom stadiju postupka ispitati postoji li mogućnost da okrivljenik oštećeniku popravi štetu uzrokovanu kaznenim djelom.
- (3) Državni odvjetnik i sud dužni su posebno upozoriti oštećenika na prava iz stavka 1. točke 1., 2., 4., 6., 7. i 8. ovog članka. Zakonom se propisuju upozorenja oštećeniku u odnosu na prava iz stavka 1. točke 3., 5., 9., 11. i 12. ovog članka.

kao jedan od temeljnih imperativa ostvarenju svrhe kažnjavanja i vođenja kaznenih postupaka.

## **2.2. Imovinskopravni zahtjev**

Institut imovinskopravnog zahtjeva u Republici Hrvatskoj normiran je odredbama glave XI. ZKP-a. Istim se ovlašćuje osoba koja je oštećena kaznenim djelom podnijeti u kaznenom postupku protiv okrivljenika zahtjev koji se može podnijeti u parnici, a sud će isti raspraviti u kaznenom postupku ako se time ne bi znatno odugovlačio postupak.<sup>10</sup>

U skladu s čl. 158. ZKP-a, sud može u presudi kojom okrivljenika proglašava krivim oštećeniku dosuditi imovinskopravni zahtjev u cijelosti ili djelomično te ga za ostatak uputiti u parnicu. Ako podatci kaznenog postupka ne daju pouzdanu osnovu ni za potpuno niti za djelomično presuđenje, sud će oštećenika s imovinskopravnim zahtjevom uputiti u parnicu. Sud će ga također uputiti da imovinskopravni zahtjev može ostvarivati u parnici kada donese presudu kojom se okrivljenik oslobađa optužbe ili kojom se optužba odbija ili kada rješenjem obustavi kazneni postupak.<sup>11</sup> Jasno je time i da se prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku može postaviti samo prema okrivljeniku.

Pravo oštećenika na podnošenje prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku jedno je od prava oštećenika zajamčeno ZKP-om, a isto doprinosi ostvarenju svrhe vođenja kaznenog postupka.

## **2.3. Oduzimanje imovinske koristi stečene kaznenim djelom**

Kada je kaznenim djelom ostvarena protupravna imovinska korist, primarno je načelo da nitko takvu korist ne može zadržati.<sup>12</sup> Predmetna materija, kao i postupak njezinog oduzimanja regulirani su Zakonom o postupku oduzimanja imovinske koristi stečene kaznenim djelom i prekršajem (NN 145/10 – dalje u tekstu: ZPOIKSKDP).

<sup>10</sup> Čl. 153. ZKP-a.

<sup>11</sup> Čl. 158. ZKP-a:

(1) O imovinskopravnom zahtjevu odlučuje sud.

(2) U presudi kojom okrivljenika proglašava krivim sud može oštećeniku dosuditi imovinskopravni zahtjev u cijelosti ili mu može imovinskopravni zahtjev dosuditi djelomično, a za ostatak uputiti ga u parnicu. Ako podaci kaznenog postupka ne daju pouzdanu osnovu ni za potpuno niti za djelomično presuđenje, sud će oštećenika s imovinskopravnim zahtjevom uputiti u parnicu.

(3) Kad sud donese presudu kojom se okrivljenik oslobađa optužbe ili kojom se optužba odbija ili kad rješenjem obustavi kazneni postupak, uputit će oštećenika da imovinskopravni zahtjev može ostvarivati u parnici. Kad se sud proglasi nenadležnim, uputit će oštećenika da imovinskopravni zahtjev može podnijeti u kaznenom postupku koji će početi ili nastaviti nadležni sud.

<sup>12</sup> Čl. 5. KZ-a: Nitko ne može zadržati imovinsku korist ostvarenu protupravnom radnjom.

Analizirajući institut obveznog oduzimanja imovinske koristi stečene kaznenim djelom s jedne strane i institut imovinskopravnog zahtjeva s druge strane, isti se mogu promatrati kao nerijetko nužno vezani jedan uz drugoga, budući da često šteta koja proizlazi iz počinjenog kaznenog djela, i kao takva je predmetom imovinskopravnog zahtjeva oštećenika, istovremeno predstavlja imovinsku korist koju je kaznenim djelom stekao okrivljenik ili koja druga osoba.

Međusobni odnos ova dva instituta prema važećem zakonodavstvu Republike Hrvatske jest takav da se radi o dva suprotstavljena zahtjeva prema okrivljeniku – jedan je zahtjev oštećenika za naknadom štete, a drugi zahtjev Republike Hrvatske da oduzme imovinsku korist stečenu kaznenim djelom. U suprotstavljenom odnosu ova dva zahtjeva prioritet ima zahtjev oštećenika, tako da je oduzimanje imovinske koristi stečene kaznenim djelom moguće samo u mjeri u kojoj takva korist nadilazi vrijednost dosuđenog imovinskopravnog zahtjeva.<sup>13</sup>

13 Čl. 77. st. 2. KZ-a: Ako je oštećeniku dosuđen imovinskopravni zahtjev koji po prirodi i sadržaju odgovara pribavljenoj imovinskoj koristi, oduzet će se dio imovinske koristi koji prelazi dosuđeni imovinskopravni zahtjev.

Čl. 1. st. 3. ZPOIKSKDP: Sud i tijela koja postupaju prema ovom Zakonu dužna su voditi računa je li oštećenik postavio imovinskopravni zahtjev. Ako je oštećenik postavio imovinskopravni zahtjev koji s obzirom na osnovu isključuje oduzimanje imovinske koristi, prema ovom Zakonu će se postupiti samo u odnosu na dio imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom koji nije obuhvaćen imovinskopravnim zahtjevom.

Čl. 5. st. 2. ZPOIKSKDP: Ako drukčije nije propisano zakonom, u presudi kojom se okrivljenik oslobađa od optužbe za kazneno djelo, ili se optužba odbija osim u slučaju iz članka 6. ovog Zakona, odbit će se prijedlog za oduzimanje imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom. Sud će tako postupiti i kad okrivljenik nije oslobođen od optužbe za kazneno djelo, ali je imovinska korist potpuno obuhvaćena dosuđenim imovinskopravnim zahtjevom.

Čl. 6. st. 4. ZPOIKSKDP: Ako sud ne utvrdi da je okrivljenik počinio kazneno djelo i ostvario imovinsku korist, ili je imovinska korist potpuno obuhvaćena dosuđenim imovinskopravnim zahtjevom, sud će postupiti prema odredbi članka 5. stavka 2. ovog Zakona.

Čl. 23. ZPOIKSKDP:

(1) Ako je u tijeku kaznenog postupka postavljen imovinskopravni zahtjev kojeg je sud u cijelosti ili djelomično dosudio, ili ako postoji ovršna odluka suda u parničnom postupku s kojom je zahtjev oštećenika u svezi s kaznenim djelom u cijelosti ili djelomično prihvaćen, ovrha se prema ovom Zakonu može odrediti samo u onoj mjeri u kojoj to neće onemogućiti potpuno namirenje oštećenika.

(2) U slučaju da je ovrha određena protivno odredbi stavka 1. ovog članka oštećenik, u ovršnom postupku radi namirenja tražbine Republike Hrvatske prema odredbama ovoga Zakona, ima položaj treće osobe koja traži da se ovrha proglasi nedopuštenom u cijelosti ili djelomično.

Čl. 24. st. 1. i 2. ZPOIKSKDP:

(1) Republika Hrvatska namirit će tražbinu oštećenika iz osnove imovinskopravnog zahtjeva samo do visine imovinske koristi oduzete u postupku prema ovom Zakonu.

(2) Ako je oštećenik upućen na parnicu ili ako je u tijeku parnica koju je pokrenuo oštećenik koji nije postavio imovinskopravni zahtjev, ovlašten je u roku od tri mjeseca od dana kad je saznao da je ovrha provedena predložiti privremenu mjeru radi osiguranja svoje tražbine u kojoj je protivnik osiguranja Republika Hrvatska.

Čl. 25. ZPOIKSKDP: Sud će, na prijedlog oštećenika, preinačiti ili ukinuti privremenu mjeru određenu radi osiguranja oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom ako je to potrebno radi osiguranja imovinskopravnog zahtjeva.

U kontekstu konkretne teme ovog rada ta imovinska korist bit će stečena za pravnu osobu.

### **3. PRAVNA OSOBA KAO STJECATELJ IMOVINSKE KORISTI PRIBAVLJENE KAZNENIM DJELOM NJEZINE ODGOVORNE OSOBE**

#### **3.1. Odgovornost pravne osobe za kazneno djelo**

Uži predmet ovoga rada jest analiza važećih zakonskih odredbi koje predstavljaju pravni okvir mogućnostima ostvarivanja naknade štete prouzročene kaznenim djelom kada je počinjeno kazneno djelo rezultiralo ostvarenjem protupravne imovinske koristi za pravnu osobu, a počinitelj je postupao zastupajući pravnu osobu kao njezina odgovorna osoba.

Institut kaznenopravne odgovornosti pravne osobe za kazneno djelo u Republici Hrvatskoj primarno je normiran Zakonom o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela (NN 151/03, 110/07, 45/11, 143/12 – dalje u tekstu: ZOPOKD), koji stjecanje imovinske koristi za pravnu osobu određuje kao jedan od temelja postojanja kaznenopravne odgovornosti pravne osobe za kazneno djelo.<sup>14</sup> Sukladno čl. 5. st. 1. ZOPOKD-a odgovornost pravne osobe za kazneno djelo temelji se na krivnji odgovorne osobe.

#### **3.2. Ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva od okrivljene pravne osobe – mogućnosti i zapreke**

Kako će u pravilu kazneni postupak protiv okrivljenika koji je kao odgovorna osoba počinio kazneno djelo kojim je stekao imovinsku korist za pravnu osobu biti vođen zajedno s kaznenim postupkom protiv pravne osobe<sup>15</sup> pa će i pravna osoba imati status okrivljenika, na istu će se svakako odnositi i odredbe o oduzimanju imovinske koristi stečene kaznenim djelom. Stoga će i prema istoj i oštećenik u tom istom kaznenom postupku moći staviti prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva, koji će, ako bude dosuđen, prema postojećim zakonodavnim rješenjima i

14 Čl. 3. ZOPOKD:

(1) Pravna osoba kaznit će se za kazneno djelo odgovorne osobe ako se njime povređuje neka dužnost pravne osobe ili je njime pravna osoba ostvarila ili trebala ostvariti protupravnu imovinsku korist za sebe ili drugoga.

(2) Pod uvjetima iz stavka 1. ovoga članka pravna osoba kaznit će se za kaznena djela propisana Kaznenim zakonom i drugim zakonima u kojima su propisana kaznena djela.

15 Čl. 23. ZOPOKD:

(1) Za kazneno djelo pravne osobe i odgovorne osobe provest će se jedinstveni postupak i donijeti jedna presuda.

(2) Ako se protiv odgovorne osobe zbog pravnih ili drugih razloga ne može pokrenuti ili voditi kazneni postupak, postupak će se započeti i provesti samo protiv pravne osobe.

pratećoj sudskoj praksi u mjeri u kojoj je dosuđen isključiti oduzimanje imovinske koristi.<sup>16</sup>

Međutim u kakvoj će se procesnoj i materijalnopravnoj situaciji naći oštećenik kada nije u mogućnosti imovinskopravni zahtjev ostvariti od pravne osobe, a odgovorna osoba te pravne osobe je osuđena za kazneno djelo kojim je pravnoj osobi na štetu oštećenika pribavila imovinsku korist?

Naime, stupanjem na snagu Zakona o izmjenama i dopunama ZOPOKD-a (NN 45/11), izmijenjen je čl. 24. ZOPOKD-a. Tom izmijenjenom odredbom proširena je mogućnost primjene načela svrhovitosti kod kaznenog progona pravne osobe, tako da državni odvjetnik, neovisno o kakvom se kaznenom djelu radi, može odbaciti kaznenu prijavu ili odustati od kaznenog progona ako pravna osoba nema imovine ili je ona tako neznatna da ne bi bila dostatna niti za pokriće troškova postupka ili ako se protiv nje vodi stečajni postupak.<sup>17</sup>

U kaznenim postupcima u praksi upravo je to najčešće slučaj, jer su okrivljene pravne osobe u trenutku vođenja kaznenog postupka, što zbog proteka vremena, što zbog nezainteresiranosti njihovih okrivljenih odgovornih osoba za njihov opstanak i zakonito poslovanje, nerijetko poslovno neaktivne, u dugotrajnim blokadama ili u stečajnim postupcima. Vođenje kaznenih postupaka protiv takvih pravnih osoba niti u pravnom niti u faktičnom smislu ne ostvaruje svoju svrhu pa naprijed izneseno zakonsko rješenje zapravo omogućuje racionalno postupanje s aspekta troškova postupka.

Okrivljene pravne osobe također su nerijetko u međuvremenu i prestale postojati ne ostavljajući pravnog sljednika.

Bilo zbog prestanka njihovog postojanja bilo primjenom načela svrhovitosti, obustavljanjem ili nevođenjem kaznenog postupka protiv pravne osobe postaje izvjesno da imovinska korist koju je ta pravna osoba stekla kaznenim djelom od nje neće moći biti oduzeta, odnosno s druge strane da niti u odnosu na istu oštećeniku neće moći biti dosuđen imovinskopravni zahtjev.

Tada se u praksi izražajnije pojavila dvojba može li se, u takvim slučajevima i uopće, imovinskopravni zahtjev oštećenika dosuditi okrivljenoj odgovornoj osobi u slučaju donošenja osuđujuće presude za kazneno djelo kojim je ta odgovorna osoba stekla imovinsku korist za svoju pravnu osobu.

16 V. bilj. 13.

17 Čl. 3. Zakona o izmjenama i dopunama ZOPOKD (NN 45/11).

#### **4. PRAVO OŠTEĆENE OSOBE NA NAKNADU ŠTETE PROUZROČENE KAZNENIM DJELOM – GRAĐANSKOPRAVNE ODREDBE**

##### **4.1. Građanskopravne odredbe – općenito**

Odgovornost za naknadu štete općenito je u Republici Hrvatskoj normirana Zakonom o obveznim odnosima (NN 35/05, 41/08, 125/11 – dalje u tekstu: ZOO), u glavi koja se odnosi na izvanugovorne odnose. U općim načelima tako je prije svega propisano da tko drugom prouzroči štetu, dužan je naknaditi je ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje.<sup>18</sup>

Primjerice, imamo li u vidu da veliki udio kaznenih djela kojima se imovinska korist stječe za pravnu osobu otpada na kaznena djela prijevara u gospodarskom poslovanju i utaja poreza i drugih davanja, u doslovnom smislu odgovorna osoba u pravnoj osobi pravno je kao subjekt odvojena od svoje odgovorne osobe. Kod kaznenih djela prijevara u gospodarskom poslovanju tako najčešće imovinska korist stečena za pravnu osobu proizlazi iz ugovornog odnosa kojeg je oštećenik imao s pravnom osobom, dok je kod kaznenih djela utaja poreza pravna osoba obveznik plaćanja takvih davanja, čijim je neplaćanjem stekla nepripadnu imovinsku korist.

Promatrajući položaj oštećenika s “doslovno građanskopravnog” aspekta, njegov je pravni odnos s pravnom osobom, a ne s okrivljenikom kao odgovornom osobom. S druge strane ostaje pak činjenica da je upravno počinjenjem kaznenog djela od strane te odgovorne osobe, neovisno o činjenici što je ona postupala zastupajući pravnu osobu i u njezinu korist, oštećeniku uzrokovana šteta.

##### **4.2. Odgovornost poslodavca za štetu koju uzrokuje njegov zaposlenik i odgovornost pravne osobe za štetu koju uzrokuje njezino tijelo**

Zakon o obveznim odnosima nadalje izričito uređuje odgovornost za štetu poslodavca kada štetu uzrokuje njegov zaposlenik te odgovornost za štetu pravne osobe kada štetu prouzroči njezino tijelo.

Člankom 1061. ZOO-a tako je propisano da za štetu koju je zaposlenik u radu ili u vezi s radom prouzročio trećoj osobi odgovara poslodavac kod kojeg je zaposlenik radio u trenutku prouzročenja štete, osim ako dokaže da su postojali razlozi koji isključuju odgovornost zaposlenika, s tim da oštećenik ima pravo zahtijevati popravlanje štete i neposredno od zaposlenika ako je štetu prouzročio namjerno, a poslodavac koji je oštećeniku popravio štetu ima pravo od zaposlenika zahtijevati naknadu troškova popravljanja štete, ako je ovaj štetu prouzročio namjerno ili iz krajnje nepažnje.

Člankom 1062. ZOO-a propisano je da pravna osoba odgovara za štetu koju njezino tijelo prouzroči trećoj osobi u obavljanju ili u vezi s obavljanjem njezinih

18 Čl. 1045. st. 1. ZOO

funkcija. Pravna osoba ima pravo na naknadu od osobe koja je štetu skrivila namjerno ili krajnjom nepažnjom, ako za određeni slučaj nije što drugo u zakonu određeno.

Iz navedenih rješenja proizlazilo bi da oštećenik zahtjev za naknadom štete akokazneno djelo odgovorne osobe u pravnoj osobi predstavlja štetnu radnju, može postaviti prema pravnoj osobi u svakom slučaju, a u slučaju da je odgovorna osoba istovremeno i zaposlenik pravne osobe i neposredno prema njoj ako je šteta uzrokovana namjerno. Uzmemo li namjerno uzrokovanje štete u građanskopravnom smislu kao svojevrsni ekvivalent namjere kao oblika krivnje u kaznenopravnom smislu<sup>19</sup>, u građanskopravnom smislu oštećenik će moći postaviti zahtjev za naknadu štete neposredno prema odgovornoj osobi ako je ona istovremeno i zaposlenik pravne osobe, dok to ne bi mogao učiniti ukoliko nije.

S obzirom na sadržaj čl. 1062. ZOO-a, a imajući u vidu naprijed iznesene odredbe kaznenopravne naravi, prema kojima se imovinskopravni zahtjev može postaviti samo prema okrivljeniku, te činjenicu da je kazneno djelo same odgovorne osobe kao okrivljenika i u situaciji kada pravna osoba niti njezin sljednik više ne postoji ili se kazneno ne progoni, štetna radnja kojom se uspostavlja određeni izvanugovorni odnos između njega i oštećenika, analiza predmeta ovoga rada nastavlja se dalje na odnos okrivljenika i njegove pravne osobe.

Za potrebe ovoga rada ograničit ću se na uređenje tih odnosa Zakonom o trgovačkim društvima (NN 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13 – dalje u tekstu: ZTD), s obzirom na učestalost pojave upravo trgovačkih društava u ulozi okrivljenih pravnih osoba kao pravnih osoba koje su ostvarile protupravnu imovinsku korist postupanjem njihovih odgovornih osoba.

## **5. ODGOVORNOST ODGOVORNE OSOBE ZA ŠTETU SUKLADNO ZTD-U**

### **5.1. Odgovornost članova trgovačkog društva za obveze društva**

Odgovornost članova trgovačkih društava u ZTD-u definirana je čl. 10., koji istu uređuje ovisno o tome o kakvom je trgovačkom društvu riječ.<sup>20</sup> S obzirom

19 Kaznena djela o kojima je ovdje riječ najčešće će biti počinjena upravo s namjerom, budući da u svojim zakonskim opisima sadrže ili podrazumijevaju kao bitno obilježje postupanje "s ciljem da se za pravnu osobu postigne protupravna imovinska korist", za primjer v. čl. 247., 256., 258. KZ.

20 Čl. 10. ZTD:

(1) Članovi javnoga trgovačkoga društva i komplementari u komanditnome društvu odgovaraju za obveze društva osobno, solidarno i neograničeno cijelom svojom imovinom.

(2) Članovi društva s ograničenom odgovornošću, dioničari dioničkoga društva i komanditori u komanditnom društvu ne odgovaraju za obveze društva izuzev kada je to određeno ovim Zakonom.

na način na koji sukladno istoj odredbi za obveze društva odgovaraju članovi javnog trgovačkog društva i komplementari u komanditnom društvu (osobno, solidarno i neograničeno svojom imovinom), navedeno ne ostavlja prostora dvojbi odgovornosti za štetu i u slučaju počinjenja kaznenog djela kojim je trgovačko društvo steklo imovinsku korist.

Članovi društva s ograničenom odgovornošću, dioničari dioničkog društva i komanditori u komanditnom društvu ne odgovaraju za obveze društva osim ako je to izričito predviđeno zakonom. Jedan od tih zakonom predviđenih slučajeva koji bi se na odgovarajući način odnosio na situaciju kada šteta proizlazi iz kaznenog djela kojim je trgovačko društvo steklo imovinsku korist, nalazi se u čl. 10. st. 3. i st. 4. t. 2. ZTD-a. U navedenim odredbama ZTD naime izričito propisuje da onaj tko zloupotrebljava okolnost da kao član trgovačkog društva ne odgovara za njegove obveze ne može se pozvati na to da po zakonu ne odgovara za te obveze. Pri tomu se između ostalog smatra da je ispunjena pretpostavka za odgovornost člana društva, osobito ako isti koristi društvo da bi oštetio vjerovnike.

Iz navedenoga bi proizlazilo da bi oštećenik zahtjev za naknadu štete temeljem navedene odredbe mogao postaviti prema odgovornoj osobi čijim kaznenim djelom je trgovačko društvo na njegovu štetu ostvarilo protupravnu imovinsku korist ako je ta odgovorna osoba istovremeno i član društva.

## **5.2. Odgovornost za štetu odgovornih osoba društva**

U odnosu na osobe koje zastupaju pravnu osobu, ZTD u čl. 252. propisuje obvezu članova uprave dioničkog društva na dužnu pozornost te njihovu odgovornost, navodeći da članovi uprave koji povrijede svoje obveze odgovaraju za štetu društvu kao solidarni dužnici.<sup>21</sup> Stavkom 5. istog članka propisana je

---

(3) Onaj tko zloupotrebljava okolnost da kao član trgovačkoga društva ne odgovara za obveze društva ne može se pozvati na to da po zakonu ne odgovara za te obveze.

(4) Smatra se da je ispunjena pretpostavka za odgovornost člana društva iz stavka 3. ovoga članka naročito:

1. ako koristi društvo za to da bi postigao cilj koji mu je inače zabranjen,
2. ako koristi društvo da bi oštetio vjerovnike,
3. ako protivno zakonu upravlja imovinom društva kao da je to njegova imovina,
4. ako u svoju korist ili u korist neke druge osobe umanjuje imovinu društva, iako je znao ili morao znati da ono neće moći podmiriti svoje obveze.

21 Čl. 252. ZTD:

(1) Član uprave ne postupa protivno obvezi o načinu vođenja poslova društva ako pri donošenju poduzetničke odluke smije na temelju primjerenih informacija razumno pretpostaviti da djeluje za dobrobit društva.

(2) Članovi uprave koji povrijede svoje obveze odgovaraju za štetu društvu kao solidarni dužnici. U slučaju spora članovi uprave moraju dokazati da su primijenili pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika.

(3) Članovi uprave naročito su odgovorni za štetu ako suprotno ovome Zakonu:

1. vrate dioničarima ono što su uložili u društvo,
2. isplate dioničarima kamate ili dividendu,
3. upišu, steknu, uzmu u zalag ili povuku vlastite dionice društva ili nekoga drugoga društva,



mogućnost vjerovnicima da zahtjev za naknadu štete postave članovima uprave ako ne mogu svoje tražbine podmiriti od društva ukoliko član uprave grubo povrijedi dužnost da primijeni pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika. Vjerovnici se nadalje štite i propisanim pravilom da se u tim slučajevima obveza da im se nadoknadi šteta ne može otkloniti tako da se društvo odrekne zahtjeva prema članu uprave ili da o zahtjevu sklopi nagodbu (što društvo inače može u skladu sa st. 4. istoga članka), a niti time što se radnja temeljila na odluci glavne skupštine, što je sukladno st. 4. istog članka razlog isključenja obveze člana uprave na naknadu štete.

Propisi za članove uprave vrijede i za njihove zamjenike<sup>22</sup>, a čl. 252. ZTD-a na odgovarajući se način odnosi i na izvršne direktore<sup>23</sup> te članove nadzornog odbora<sup>24</sup>, odnosno upravnog odbora<sup>25</sup> dioničkog društva, kao i na članove uprave i nadzornog odbora društva s ograničenom odgovornošću.<sup>26</sup>

---

4. izdaju dionice prije nego što se za njih u cjelini uplati nominalni iznos ili veći iznos za koji su izdane,

5. razdijele imovinu društva,

6. obave plaćanja nakon što nastupi nesposobnost društva za plaćanje, odnosno nakon što dođe do prezaduženosti društva,

7. dadu naknadu članovima nadzornog odbora,

8. dadu kredit,

9. kod uvjetnog povećanja kapitala izdaju dionice suprotno svrsi ili prije nego što se one u cjelini uplate.

(4) Obveza naknade štete ne postoji ako se radnja članova uprave temelji na odluci glavne skupštine. Odobrenje radnje od strane nadzornog odbora ne isključuje odgovornost. Društvo se može odreći zahtjeva za naknadu štete ili o njemu sklopiti nagodbu tek po proteku tri godine od nastanka zahtjeva ali samo onda ako se s time suglasi glavna skupština i ako tome ne prigovori manjina koja raspolaže dionicama koje predstavljaju s najmanje desetinu temeljnog kapitala društva i prigovor se ne unese u zapisnik sa skupštine. To vremensko ograničenje ne vrijedi ako je onaj tko je odgovoran za naknadu štete nesposoban za plaćanje i ako, da bi otklonio otvaranje stečajja, sklopi nagodbu sa svojim vjerovnicima ili se pak obveza naknade štete uredi stečajnim planom.

(5) Zahtjev za naknadu štete mogu postaviti i vjerovnici društva ako ne mogu svoje tražbine podmiriti od društva. To vrijedi u slučajevima osim onih iz stavka 3. ovoga članka samo onda ako član uprave grubo povrijedi dužnost da primijeni pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika. U odnosu na vjerovnike društva obveza da se nadoknadi šteta ne može se otkloniti tako da se društvo odrekne zahtjeva ili da o zahtjevu sklopi nagodbu niti time što se radnja temeljila na odluci glavne skupštine. Ako je nad društvom otvoren stečajni postupak, za vrijeme trajanja tog postupka pravo vjerovnika društva protiv članova uprave ostvaruje stečajni upravitelj.

(6) Zahtjevi iz prethodnih stavaka ovoga članka zastaraju za pet godina.

22 Čl. 253. ZTD.

23 Čl. 272.1 st. 9. ZTD.

24 Čl. 272. st. 1. ZTD.

25 Čl. 272.k ZTD.

26 Čl. 430. i 439. ZTD.

## **6. IMOVINSKOPRAVNI ZAHTJEV PREMA ODGOVORNOJ OSOBI KAO POČINITELJU KAZNENOG DJELA KOJIM JE PRIBAVLJENA IMOVINSKA KORIST ZA PRAVNU OSOBU**

### **6.1. Kazneno djelo kao temelj izvanugovornog odnosa između oštećenika i okrivljene odgovorne osobe**

Iz sadržaja naprijed iznesenih odredbi ZOO-a i ZTD-a, koji se odnose na materiju koja je predmetom ovoga rada razvidno je da se, neovisno o kaznenopravnom aspektu štetne radnje odgovorne osobe, oštećenoj osobi u određenim okolnostima priznaje njezin interes da se obešteti izravno od odgovorne osobe koja joj je prouzročila štetu.

Polazeći od temeljnih načela prije svega samih obveznih odnosa, a potom poglavito kaznenog prava, nesporno je da je onaj tko drugome prouzroči štetu dužan nadoknaditi ju, osim ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje. U situaciji u kojoj je štetnik istovremeno i okrivljenik koji je proglašen krivim za kazneno djelo, već samim tim okrivljenik neće moći dokazati da je šteta nastala bez njegove krivnje, pa zbog toga neće moći niti otkloniti svoju građanskopravnu odgovornost za kaznenim djelom prouzročenu štetu. Pritom kazneno djelo kao takvo predstavlja štetnu radnju.

Ovo temeljno pravilo obveznog prava ukazuje na rješenje dvojbi glede odgovornosti za štetu osobe koja je proglašena krivom za kazneno djelo kojim je oštećeniku prouzročena šteta, pa i u situaciji kada je ta osoba kazneno djelo počinila u svojstvu odgovorne osobe u pravnoj osobi i u korist pravne osobe.

Kazneno djelo kao takvo vezano je uz fizičku osobu počinitelja, koji da bi bio proglašen krivim mora ostvariti objektivna i subjektivna obilježja kaznenog djela. Njegovo kazneno djelo temelj je i kaznenopravnoj odgovornosti pravne osobe koju je pritom zastupao i koja je stekla imovinsku korist.

Ograničavanje odgovornosti za štetu prouzročenu kaznenim djelom samo na pravnu osobu koja je istim stekla imovinsku korist značilo bi tumačenje po kojem se pravilu odvojenosti imovine odgovorne osobe od imovine pravne osobe daje prednost pred pravilom da je osoba koja je počinila kazneno djelo dužna nadoknaditi prouzročenu štetu, a koje se nameće kao neprihvatljivo. Apsolutnu neograničenost u neodgovornosti odgovorne osobe u tom smislu ne predviđaju niti propisi obveznog prava niti prava društava, kako to proizlazi iz ranije izloženog.

Neprihvatljivost drukčijeg tumačenja posebice dolazi od izražaja u situacijama kada se kazneni postupak protiv pravne osobe obustavi ili ne pokrene ili kada pravna osoba prestane uopće postojati. Od takve pravne osobe neće biti moguće oduzeti imovinsku korist stečenu kaznenim djelom, ali će i nadalje egzistirati fizička odgovorna osoba koja je proglašena krivom za kazneno djelo kojim je oštetila drugu osobu i kao takva će biti odgovorna za naknadu time prouzročene štete.

## **6.2. Ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva neposredno od odgovorne osobe s aspekta odredbi obveznog prava i prava društava**

Analiza relevantnih odredbi drugih propisa, osim kaznenopravnih, ovdje je iznesena radi usporedbe donose li oni kakvu pravnu zapreku ostvarivanju imovinskopravnog zahtjeva neposredno od odgovorne osobe, imajući u vidu pravilo da se imovinskopravni zahtjev može odnositi na zahtjev koji bi se mogao podnijeti u parnici.

Naprijed iznesene odredbe ZOO-a nedvosmislene su kad je u pitanju odgovorna osoba koja je istovremeno zaposlenik pravne osobe, s obzirom na to da propisuju pravo vjerovnika naknadu štete tražiti neposredno od takvog zaposlenika, ako je štetu prouzročio namjerno, a što će najčešće biti slučaj kada je štetna radnja kazneno djelo.

ZOO takvu odredbu ne sadrži u odnosu na štetu koju trećoj osobi prouzroči tijelo pravne osobe pa bi iz nje proizlazilo da ako odgovorna osoba nije istovremeno i zaposlenik pravne osobe oštećenik svoj zahtjev za naknadu štete može ostvarivati samo od pravne osobe. Pravna osoba ako je štetu nadoknadila ima pravo na naknadu od osobe koja je štetu skrivila namjerno ili krajnjom nepažnjom, ako za određeni slučaj nije što drugo u zakonu određeno.

U tom dijelu međusobni odnos odgovorne osobe koja je uzrokovala štetu i pravne osobe u ime koje je pritom postupala, a potom i samog oštećenika prema njima, uređuje međutim ZTD, koji propisuje pretpostavke odgovornosti odgovorne osobe za štetu koju je prouzročila svojoj pravnoj osobi ili trećoj osobi.

ZTD polazi prije svega od odgovornosti za štetu odgovorne osobe prema samoj pravnoj osobi, a vjerovnicima omogućuje svoj zahtjev ostvarivati od odgovorne osobe ako isti ne mogu svoje tražbine podmiriti od društva ako odgovorna osoba grubo povrijedi dužnost da primijeni pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika.

Povreda dužnosti odgovorne osobe da primijeni pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika kao pretpostavka njezine neposredne odgovornosti za štetu trećoj osobi podrazumijevala bi se ako je odgovorna osoba počinila kazneno djelo. Počinjenjem kaznenog djela naime odgovorna osoba ne samo da je oštetila treću osobu, već je oštetila i svoju pravnu osobu ima li se u vidu da dužnost primjene pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika podrazumijeva prije svega dužnost zastupanja i vođenja poslova društva u skladu sa zakonom. Nadalje, kaznenopravna odgovornost odgovorne osobe za kazneno djelo kojim je pribavljena imovinska korist za pravnu osobu dovodi do odgovornosti pravne osobe za to isto kazneno djelo, a i pribavljena imovinska korist, budući da će nužno morati biti vraćena, znači da stečena imovina društva njemu zapravo ne pripada, već je posljedica prouzročenja štete koju zbog toga trpi treća osoba.

Na temelju iznesenog, zaključuje se da prema važećim zakonskim propisima u Republici Hrvatskoj ne postoji zapreka da se prvotno istaknuto temeljno načelo da je onaj tko prouzroči štetu drugome dužan istu nadoknaditi primijeni

dosljedno u situacijama kada je fizička osoba kao odgovorna osoba u pravnoj osobi počinila kazneno djelo kojim je na štetu treće osobe za svoju pravnu osobu stekla protupravnu imovinsku korist kada oštećenik štetu ne može namiriti od te pravne osobe.

Takva situacija činjenično i pravno se zapravo izjednačava sa situacijom u kojoj fizička osoba počini kazneno djelo na štetu druge osobe, a istim pribavi imovinsku korist za treću fizičku osobu. Sama činjenica da se korist iz kaznenog djela nalazi kod treće fizičke osobe i da je počinitelj postupao kako bi upravo njoj, a ne sebi osobno, takvu korist pribavio, neće dovesti do isključenja odgovornosti počinitelja za štetu koju je takvim postupanjem prouzročio oštećeniku. Pritom se ne ulazi u druge građanskopravne mogućnosti razrješavanja na ovakvom temelju nastalih odnosa između počinitelja i treće osobe, odnosno oštećenika i treće osobe.

### ***6.3. Ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva neposredno od odgovorne osobe kada pravna osoba i nadalje postoji***

Iz ukupnosti svega iznesenoga zaključuje se da bi oštećenik u kaznenom postupku protiv fizičke odgovorne osobe koja je počinila kazneno djelo zastupajući svoju pravnu osobu i okoristivši ju mogao podnijeti prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva neposredno od te fizičke osobe kao štetnika koji mu je štetnom radnjom (kaznenim djelom) prouzročio štetu. U slučaju donošenja osuđujuće presude i pod drugim pretpostavkama koje propisuje ZKP, nema zapreke da mu takav imovinskopravni zahtjev bude i dosuđen.

Oštećenik će zasigurno imati interes ostvarivati imovinskopravni zahtjev od odgovorne fizičke osobe u situaciji kada taj zahtjev nije u mogućnosti ostvariti od pravne osobe, primjerice jer pravna osoba više ne postoji ili je zbog nedostatka imovine kazneni postupak protiv nje obustavljen ili nije ni pokrenut.

U situaciji kada pravna osoba i nadalje postoji i kada će i kazneni postupak protiv nje biti okončan donošenjem osuđujuće presude, oštećenik će svakako biti u prilici imovinskopravni zahtjev ostvariti od pravne osobe, koja je u konačnici stekla imovinsku korist kao svojevrсни ekvivalent šteti koju trpi oštećenik.

Odredba čl. 252. st. 5. ZTD-a<sup>27</sup> upućivala bi na mogućnost oštećenika da svoj zahtjev postavi neposredno odgovornoj osobi pod uvjetom da isti ne može ostvariti od društva. Drugi uvjet, da je član uprave grubo povrijedio dužnost da primijeni pozornost urednog i savjesnoga gospodarstvenika ispunjen je samom činjenicom da je posrijedi počinjeno kazneno djelo, kako je već naprijed izloženo. Nemogućnost ostvarivanja zahtjeva oštećenika od društva kao pretpostavka njegovog ostvarivanja od odgovorne osobe sukladno ZTD-u navodi na zaključak da u kaznenom postupku koji je okončan donošenjem osuđujuće presude i protiv okrivljenika fizičke odgovorne osobe i protiv okrivljene pravne osobe, oštećenik neće biti u prilici svoj zahtjev ostvariti od okrivljene fizičke odgovorne osobe jer ima mogućnost

<sup>27</sup> V. bilj. 21.

isti ostvariti od pravne osobe. Tek ako bi se u budućnosti pokazalo da dosuđeni imovinskopravni zahtjev prema pravnoj osobi ne može ostvariti, mogao bi pozivom na čl. 252. st. 5. ZTD-a naknadno pokrenuti parnični postupak protiv odgovorne osobe.

Navedena odredba odnosi se međutim na zahtjev oštećenika koji on ima prema pravnoj osobi temeljem pravnog odnosa u kojem se s tom pravnom osobom nalazi, a iz kojeg proizlazi obveza pravne osobe, i kojom bi oštećenik u parnici mogao teretiti pravnu osobu. Za tu obvezu pravne osobe sukladno čl. 252. st. 5. ZTD-a odgovarala bi odgovorna osoba kao fizička osoba pod uvjetima tog zakona (da je grubo povrijedila dužnost da primjeni pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika i da oštećenik svoju tražbinu ne može podmiriti od društva) pa bi pod navedenim uvjetima oštećenik i odgovornu osobu mogao teretiti u parnici.

Ističe se međutim da je ovdje riječ o obvezi pravne osobe, za koju odgovorna osoba odgovara. Pravni temelj zahtjeva oštećenika neposredno prema odgovornoj osobi je različit, taj zahtjev je neposredan, proizlazi iz kaznenog djela koji je štetna radnja i kao takav je temelj izvanugovornog odnosa oštećenika s počiniteljem osobno. Stoga u tom smislu ne postoji obveza oštećenika da svoj zahtjev najprije bezuspješno pokuša ostvariti od pravne osobe.

Odvojenost odgovorne osobe i pravne osobe u čije ime ona nastupa, njihovi međusobni odnosi i odgovornosti predmetom su regulacije pravilima obveznog prava i prava društava do trenutka dok postupanje odgovorne osobe ne preraste u kazneno djelo. Tada činjenica da se radi o počinitelju kaznenog djela sama po sebi uspostavlja izvanugovorni odnos prema oštećeniku temeljem kojeg je počinitelj kaznenog djela dužan nadoknaditi kaznenim djelom uzrokovanu štetu.

Preostala pitanja koja ostaju za razriješiti u situaciji kada je odgovorna osoba osobno doista i nadoknadila štetu oštećeniku na ovoj osnovi, odnosno kada je oštećeniku dosuđen imovinskopravni zahtjev prema okrivljenoj odgovornoj osobi, odnose se na međusobne odnose te odgovorne osobe i njezine pravne osobe, ukoliko ona i dalje postoji.

Obeštećenjem oštećenika od strane odgovorne osobe valjalo bi uzeti da je time i pravna osoba ispunila svoju obvezu budući da bi, u slučaju da je oštećenika obeštetila pravna osoba, ona takav zahtjev dalje trebala uputiti prema odgovornoj osobi pa bi ona u konačnici opet bila obvezna na istu činidbu.

#### ***6.4. Oduzimanje imovinske koristi stečene kaznenim djelom od pravne osobe kada je odgovorna osoba obeštetila oštećenika***

Načelo oduzimanja imovinske koristi artikulirano je pravilom da nitko ne može zadržati imovinsku korist ostvarenu protupravnom radnjom.<sup>28</sup> U odnosu prema imovinskopravnom zahtjevu, institut oduzimanja imovinske koristi kao zahtjev države zakonski je suprotstavljeni zahtjev, a u njihovom međusobnom odnosu zakon daje prednost imovinskopravnom zahtjevu oštećenika. O tome je već

28 V. bilj. 12.

bilo riječi<sup>29</sup>, a ovdje se samo kratko ponavlja da to proizlazi iz odredbe čl. 77. st. 2. KZ-a, kojom je propisano da ako je oštećeniku dosuđen imovinskopravni zahtjev koji po prirodi i sadržaju odgovara pribavljenoj imovinskoj koristi, oduzet će se samo dio imovinske koristi koji prelazi dosuđeni imovinskopravni zahtjev. Na isto se nadovezuju i prateće odredbe Zakona o postupku oduzimanja imovinske koristi stečene kaznenim djelom i prekršajem.

S obzirom na navedeno, sama činjenica da je oštećeniku dosuđen imovinskopravni zahtjev bit će razlog da se ne primjeni institut oduzimanja imovinske koristi od okrivljene i osuđene pravne osobe.

Imajući u vidu činjenicu da oštećenik međutim ima pravni temelj za ostvarivanje naknade štete i od okrivljene odgovorne osobe (temeljem činjenice da je ista na njegovu štetu počinila kazneno djelo) i od same pravne osobe (koja je bila u pravnom odnosu s oštećenikom), a potom je pravna osoba još i kaznenopravno odgovorna jer je kaznenim djelom svoje odgovorne osobe stekla protupravnu imovinsku korist koja je ekvivalent šteti oštećenika, valjalo bi oštećeniku omogućiti da naknadu svoje štete ostvaruje bilo od jedne ili druge osobe. Drugim riječima, odgovornost za štetu odgovorne fizičke osobe i pravne osobe u tom bi slučaju bila međusobno solidarna.

Zaštita prava oštećenika u kaznenom postupku u ovom bi segmentu bila potpunija kada bi se oduzimanje imovinske koristi obvezno primjenjivalo prema svakome tko je istu stekao kaznenim djelom neovisno o dosuđenom imovinskopravnom zahtjevu. Tada bi oduzeta imovinska korist služila kao svojevrsno osiguranje oštećeniku u slučaju da osoba prema kojoj je mu je dosuđen imovinskopravni zahtjev isti ne izvrši. S druge strane, bila bi osiguranje državi da ako se imovinskopravni zahtjev ne izvrši i oštećenik isti prisilno ne naplati, imovinska korist stečena kaznenim djelom neće ostati neoduzeta. Navedeno bi podrazumijevalo novi i drukčiji sustav uređenja instituta oduzimanja imovinske koristi stečene kaznenim djelom u odnosu na onaj koji aktualno postoji u Republici Hrvatskoj.

## **7. ZAKLJUČAK**

Analiza iznesenih pozitivnih kaznenopravnih i drugih odredbi koje u Republici Hrvatskoj reguliraju naknadu štete prouzročene kaznenim djelom pokazuje da bi oštećenik u kaznenom postupku protiv okrivljenika fizičke odgovorne osobe i pravne osobe mogao podnijeti prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva i u slučaju osuđujuće presude isti ostvariti od jedne ili od druge osobe. Njegov zahtjev prema fizičkoj odgovornoj osobi temelji se na počinjenom kaznenom djelu kojim mu je uzrokovana šteta i kao takav na neki način i samostalno egzistira neovisno o pravnoj sudbini pravne osobe.

<sup>29</sup> V. bilj. 13.

Eventualne dvojbe koje bi proizlazile iz činjenice da je fizička odgovorna osoba kazneno djelo počinila zastupajući pravnu osobu i stekavši za nju imovinsku korist otklanja činjenica da osobna odgovornost za štetu zbog počinjenja kaznenog djela postoji neovisno o građanskopravnim aspektima odnosa takvog počinitelja i njegove pravne osobe, ili bi u odnosu na njih barem trebala imati prednost.

Ovo poglavito kada se ima u vidu da oštećeniku u kaznenom postupku imovinskopravni zahtjev može biti dosuđen samo u odnosu na okrivljenika koji je proglašen krivim, a da s druge strane kaznenopravna odgovornost pravne osobe proizlazi i nužno je vezana uz kaznenopravnu odgovornost njezine odgovorne fizičke osobe.

## Summary

### **ASSERTING A CLAIM FOR INDEMNIFICATION TOWARDS A DEFENDANT WHO COMMITTED A CRIMINAL OFFENCE AS A RESPONSIBLE PERSON OF A LEGAL PERSON WHICH GAINED ASSETS FROM SUCH OFFENCE**

A person injured by a criminal offence is entitled to claim for its restitution from the person who caused such damage by committing a criminal offence. When the damage results from a criminal offence that was committed by a responsible person while representing a legal person and when gaining assets for the legal person, the injured person is entitled to claim for damage restitution from both legal person and responsible person. Legal person's liability then derives from its legal relationship with the injured person, which relationship came into existence through a criminal offence. Responsible person's liability derives from the fact that he/she is the perpetrator of a criminal offence as such. Criminal offence committed by a responsible person as a natural person is an act of damage which results in a non-contractual obligation of the responsible person to retribute damage to the injured person.

*Key words: claim for indemnification, legal person, responsible person, criminal offence, damage restitution.*

## Zusammenfassung

### **VERMÖGENSRECHTLICHER ANSPRUCH GEGENÜBER DEM BESCHULDIGTEN ALS VERANTWORTLICHER PERSON, WELCHE DIE STRAFTAT DER BEREICHERUNG ZUGUNSTEN EINER JURISTISCHEN PERSON GEGANGEN HAT**

Die Person, welche durch die Straftat geschädigt wurde, hat das Recht, den Schaden von der Person, welche durch die Straftat diesen Schaden begangen hat, zu ersetzen. Wenn der Schaden aus der Straftat, begangen von der verantwortlichen Person in der Eigenschaft des Vertreters einer juristischen Person, hervorgeht, wobei sich durch ihre Handlung die juristische Person bereichert hat, kann der Geschädigte den Schadenersatz sowohl von juristischer als auch von verantwortlicher natürlicher Person fordern. Die von der verantwortlichen natürlichen Person begangene Straftat stellt eine unerlaubte Handlung dar, durch welche zwischen dieser Person und dem Geschädigten das unmittelbare außervertragliche Verhältnis entstand, durch welches die verantwortliche Person zum Schadenersatz verpflichtet wurde.

*Schlüsselwörter: vermögensrechtlicher Anspruch, Straftat, Schaden, Bereicherung, juristische Person.*



## RIASSUNTO

### **PRETESA PATRIMONIALE NEI CONFRONTI DELL'IMPUTATO PERSONA RESPONSABILE QUANDO MEDIANTE REATO HA TRATTO VANTAGGIO ECONOMICO A FAVORE DELLA PERSONA GIURIDICA**

Chi abbia patito un danno derivante da reato ha diritto al risarcimento da parte del soggetto che mediante la commissione del reato ha cagionato tale danno. Quando il danno deriva da reato che ha commesso il soggetto responsabile della persona giuridica, rappresentando tale soggetto giuridico e traendo vantaggio a favore di tale soggetto, la persona offesa ha diritto al risarcimento del danno da parte della persona giuridica con la quale aveva un rapporto giuridico, sorto mediante la commissione del reato oppure da parte della persona responsabile quale persona fisica, la quale mediante la commissione del reato gli abbia cagionato il danno. Il reato della persona fisica responsabile rappresenta il comportamento lesivo mediante il quale tra la stessa e la persona offesa è sorto il loro reciproco e diretto rapporto extracontrattuale, fondamento dell'obbligo risarcitorio.

***Parole chiave:** pretesa giuridica patrimoniale, reato, danno, vantaggio economico, persona giuridica.*

## USTAVNI PRINCIP JEDNAKOSTI GRAĐANA PRED ZAKONOM U PORESKOM SISTEMU CRNE GORE: USTAVNOST ZAKONA O TAKSAMA (POREZIMA) NA USLUGE OD OPŠTEG INTERESA

Dr. sc. Ilija Vukčević  
Izvršni direktor Instituta za pravne studije  
Podgorica  
Crna Gora

UDK: 336.22(497.16)  
Ur.: 14. studenoga 2013.  
Pr.: 23. travnja 2014.  
Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*U radu se analizira primjena opšteg ustavnog načela jednakosti građana pred zakonom u oblasti oporezivanja u sudskoj praksi Ustavnog suda Crne Gore. Slučaj preispitivanja ustavnosti Zakona o taksama na pristup određenim uslugama od opšteg interesa i za upotrebu duvanskih proizvoda i elektroakustičnih i akustičnih uređaja, predstavlja najiscrpniju analizu ove problematike. U okviru primjene ovog opšteg pravnog principa detaljno su sagledana njegova četiri pojavna oblika vezana za materiju oporezivanja: princip ability-to-pay, princip proporcionalnosti, princip jednakog tretmana i princip opštosti. Takođe, ukazano je i na stavove iz prakse Ustavnog suda Crne Gore koji se odnose na materiju oporezivanja uopšte, kao i na koncept diskriminacije (nejednakosti).*

**Ključne riječi:** *Ustavni princip jednakosti pred zakonom, princip ability-to-pay, princip proporcionalnosti, princip jednakog tretmana, princip opštosti poreza.*

### **1. UVODNA RAZMATRANJA**

Svjetska finansijska kriza praćena problemima u funkcionisanju sistema javnih finansija na nacionalnom nivou, kao i u drugim državama, rezultirala je smanjenjem prihoda u budžetu Crne Gore. U datoj situaciji, pored smanjenja javnih rashoda i dodatnog zaduživanja na tržištu kapitala, Vlada Crne Gore (u daljem tekstu: Vlada) je reagovala povećanjem postojećih poreskih stopa kao uvođenje novih poreza. Kao dio paketa mjera u cilju povećanja javnih prihoda, Vlada je početkom 2012. godine odlučila da predloži Zakon o taksama na pristup određenim uslugama od opšteg interesa i za upotrebu duvanskih proizvoda i elektroakustičnih i akustičnih

uređaja<sup>1</sup> (u daljem tekstu: Zakon o taksama) koji bi bio oročene primjene (kraj 2013. godine). U martu 2012. godine Parlament Crne Gore (u daljem tekstu: Parlament) usvaja Zakon o taksama kojim se uvodi plaćanje takse (poreza) na pet vrsta usluga: 1. kartice mobilne telefonije (u daljem tekstu: SIM kartica); 2) tarifna brojila za mjerenje utroška električne energije (u daljem tekstu: tarifno brojilo); 3) priključke kablovske elektronske komunikacione mreže za distribuciju radio i TV programa (u daljem tekstu: kablovski priključak); 4) upotrebu duvanskih proizvoda u ugostiteljskim objektima; 5) upotrebu elektroakustičnih i akustičnih uređaja u ugostiteljskim objektima nakon 24 časa.<sup>2</sup> Sporna dažbina se plaća u fiksnom iznosu (1 euro) na korišćenje predmetnih usluga, obračunski period je mjesec dana, a obaveza uplate leži na pružaocu usluge.

## 2. PREISPITIVANJE USTAVNOSTI ZAKONA O TAKSAMA

Ubrzo nakon donošenja Zakona o taksama pokreće se postupak ocjene usklađenosti sa Ustavom jednog broja njegovih odredaba (taksa na SIM kartice, taksa na tarifna brojila i taksa na kablovske priključke). Zbog velike konfuznosti inicijative za preispitivanje ustavnosti, te očiglednog nesnalaženja njenog podnosioca u oblasti poreskog prava, pokušaću da sublimiram osnovne stavove na kojima se temelji inicijativa: a) da nije riječ o uslugama od opšteg interesa pa je suprotno Ustavu propisivanje obaveze za ta lica da uplaćuju takse na pristup građana tim uslugama; b) poslovi iz nadležnosti državne uprave povjereni su licima kojima se takvi poslovi ne mogu povjeriti ni zakonom; c) da se obveznicima onemogućava da uopšte učestvuju u postupku u kome se odlučuje o njihovim pravima i interesima i posebno im se uskraćuje pravo na pravni lijek i sudsku zaštitu protiv tih akata; d) da su sporne takse u suprotnosti sa ustavnim principom jednakosti građana pred zakonom.<sup>3</sup>

### 2.1. Osnovni stavovi iz odluke Ustavnog suda

U oktobru 2012. godine Ustavni sud Crne Gore (u daljem tekstu: Ustavni sud) je donio odluku o ustavnosti Zakona o taksama. Riječ je o slučaju koji je izazvao najveću medijsku pažnju u toku 2012. godine, i u ovoj kontraverznoj odluci Ustavni sud je odlučio da su sporne odredbe Zakona o taksama u skladu sa Ustavom Crne Gore (u daljem tekstu: Ustav). Ustavni sud je u cjelini odbio prijedlog za utvrđivanje neustavnosti kao neosnovan, a zbog nejasnosti zaključaka Ustavnog suda, izdvojiću dva krucijalna stava vezana za problematiku kojom se bavi ovaj rad:

1 Zakon o taksama na pristup određenim uslugama od opšteg interesa i za upotrebu duvanskih proizvoda i elektroakustičnih i akustičnih uređaja, Službeni list Crne Gore, br. 28/12.

2 *Ibid*, član 1.

3 Inicijativa za ocjenu ustavnosti Zakona o taksama na pristup određenim uslugama od opšteg interesa, <http://www.mans.co.me/wp-content/uploads/2012/06/Inicijativa-Ustavnom-sudu.pdf>, 18.10.2013.

a) Osporeni Zakon ima legitiman cilj: "...očuvanje stabilnosti državnog finansijskog sistema u uslovima ekonomske krize, djelovanjem na prihodovnu stranu državnog budžeta u kratkom vremenu, odnosno da je u uslovima ekonomske krize bilo nužno djelovati na prihodovnu stranu državnog budžeta kako bi se obezbijedilo nesmetano obavljanje svih državnih funkcija i zadataka, odnosno funkcionisanje države."<sup>4</sup>

b) Vezano za specifičnu poresku dimenziju načela jednakosti pred zakonom, pošto Ustav ne sadrži odredbe o plaćanju poreza na osnovu principa sposobnosti plaćanja (*ability-to-pay*), Ustavni sud zaključuje da nema obavezu za procjenom pitanja visine osporene takse kao i njenog uticaja na obveznika: "Ustavni sud, saglasno odredbama člana 149 Ustava, s aspekta apstraktne kontrole ustavnosti, nije nadležan da cijeni visinu osporene takse, a s tim u vezi, ni da li je zakonodavac odredio primjerenu visinu takse (od 1 €), za pristup osporenim uslugama od opšteg interesa...(.), i u kojem je obimu takseni obveznik tom visinom "pogođen". Naime, sve dok crnogorski Ustav, ne bude sadržao drugačije odredbe o poreskom, odnosno taksenom sistemu, Ustavni sud, ima ustavnu obavezu da bude suzdržan u procjeni ustavnosti tih pitanja."<sup>5</sup>

## **2.2. Pravna priroda spornih fiskalnih oblika – "ko samo riječi zakonske znade, taj još zakona ne zna, dok mu ne shvati razum i smisao"<sup>6</sup>**

Osnovni problem i jedan od najvažnijih razloga velikog broja pogrešnih stavova Ustavnog suda kao i tvrdnji same inicijative, predstavlja činjenica da obje strane u postupku nisu razumjele stvarnu pravnu prirodu spornih dažbina, jer se ona ne određuje na osnovu njenog formalno pravnog naziva. O ovome svjedoči i ustaljena praksa Poreske uprave Crne Gore: "Pravna priroda ugovora o zajedničkoj izgradnji, ne određuje se prema nazivu već prema pravima i obavezama koje iz tog ugovora proizilaze za ugovorne strane..."<sup>7</sup> Takođe i u sudskoj praksi Crne Gore redovne su situacije kada sud cijeni osnovanost nekog zahtjeva stranke na osnovu sadržine pravnog akta a ne njegovog naziva: "...tuženi je podnio ovom sudu žalbu na presudu zbog propuštanja. Iz referata žalbe se vidi da se radi o predlogu za povraćaj u predašnje stanje, jer tuženi navodi da tužbu nije primio na vrijeme, pa nije mogao da reaguje u skladu sa zakonom i da u zakonom predviđenom roku dostavi odgovor na tužbu."<sup>8</sup>

4 Ustavni sud Crne Gore (9. oktobar 2012.) U-I br. 15/12 i 17/12.

5 *Ibid.*

6 Član 993 Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru, vidi više u – Danilović, J., *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru i izabrana djela*, ITP "UNIREKS" i Službeni glasnik, 1998, str. 275. Riječ je o adaptaciji u crnogorski pravni sistem latinske izreke - *Scire legis non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*, vidi više u - Bogojević-Glušćević, N., *Recepcija rimskog i vizantijskog prava na balkanskom jugu*, Univerzitet Crne Gore – Pravni fakultet, 2011, str. 120.

7 Poreska uprave Crne Gore, br. 03/11-6-827/3-08.

8 Osnovni sud u Podgorici, P. br. 1464/09.

Osnovna pretpostavka inicijative čiju logiku kasnije potpuno pogrešno prati i odluka Ustavnog suda, jeste da je riječ o taksama kod kojih je korisnik usluge poreski obveznik a pružalac usluge poreski posrednik: "Takseni obveznik je lice (pravno ili fizičko), koje koristi pristup određenim uslugama od opšteg interesa mobilni operateri, snabdjevači električnom energijom i kablovski distributeri, određeni kao poreski posrednici"<sup>9</sup> U pobijanju ovog stava Ustavnog suda, krucijalno je određenje pojma poreskog obveznika, kao lica koje je po namjeri zakonodavca dužno da plati određeni porez.<sup>10</sup> Samim jezičkim tumačenjem teksta spornog zakona, postaje više nego jasno da su sporne dažbine po svojoj prirodi porezi na potrošnju (korišćenje usluga). Zakon o taksama kod većine fiskalnih oblika implicitno kao poreskog obveznika navodi pružaoca usluge. Kod poreza na kablovski priključak, član 11 stav 3 kaže da: "Obveznik takse na kablovski priključak obračunava i uplaćuje taksu do kraja mjeseca za prethodni mjesec." Dakle, obveznik ovog poreza je lice koje obračunava i uplaćuje fiskalni oblik, a stav 1 člana 11 predviđa da: "Taksu iz člana 10 ovog zakona obračunava, obustavlja i uplaćuje kablovski distributer." Iz ovoga nedvosmisleno slijedi da je kablovski distributer (pružalac usluge) poreski obveznik jer on obustavlja i uplaćuje ovaj fiskalni oblik.

Glavna osobina takse na osnovu koje se razlikuje od poreza, jeste da je riječ o plaćanju za direktnu protivuslugu nekog državnog organa, što konstantuje i sam Ustavni sud: "protiv nadoknada za usluge koje vrši organ državne administracije i druga javnopravna tijela fizičkim i pravnim licima."<sup>11</sup> U poreskopravnoj teoriji je poznato da u nekim slučajevima postoji obaveza plaćanja takse a da pri tom nema neposredne protivusluge. Zapravo, u tim slučajevima se pod imenom taksa plaća neki drugi porez.<sup>12</sup> Drugim riječima, zakonodavac često neopravdano koristi termin „taksa“ da bi označio neku dažbinu, iako ili uopšte ne postoji usluga koju organ države ili lokalne samouprave pruža, ili plaćeni iznos nije u srazmjeri sa troškovima usluge državnog organa (npr. komunalna taksa za priređivanje muzičkog programa u ugostiteljskim objektima ili komunalna taksa za korišćenje reklamnih panoa

9 *Op. cit.*, u bilj. 5.

10 Kao druga strana u poreskopravnom odnosu, nasuprot poreskoj upravi, pojavljuje se poreski dužnik. Poreski dužnik je, dakle, najširi koncept, koji obuhvata sva fizička i pravna lica koja su dužna da ispune kakvu obavezu imovinske ili formalne prirode iz poreskopavnog odnosa. Poreski obveznik je definisan kao onaj poreski dužnik koji je obavezan da plati porez, odnosno sporedno poresko davanje. U pitanju je fizičko ili pravno lice koje je poreskim zakonom određeno kao obavezno da neki porez plati i zato se u literaturi naziva „glavnim poreskim dužnikom“. Sa druge strane, jedan od drugih poreskih dužnika jeste poreski posrednik. Primjer za poreskog posrednika može biti banka ili drugi nosilac platnog prometa koji je dužan da sa računa poreskog dužnika (poreskog obveznika ili poreskog platca), na osnovu njihovih naloga za prenos sredstava, obustavi i po odbitku uplati utvrđeni porez, u svoje ime, a za račun poreskog obveznika, odnosno poreskog platca, na odgovarajući uplatni račun javnih prihoda. Vidi više u: Popović, D., *Komentar Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji*, Cegos in, 2003, str. 23-25.

11 *Op. cit.*, u bilj. 5.

12 Jelčić, B.; Lončarević-Horvat, O.; Šimović, J.; Arbutina, H., *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, 2002, str. 471.

– u stvari, ovdje se radi o porezima na pojedinačne usluge). Slično, u pojedinim slučajevima neke ustanove ili kompanije naplaćuju nadoknadu za određenu privrednu djelatnost ili uslugu i ta se nadoknada naziva taksom, premda je evidentno da se radi o cijeni kao i o svakoj drugoj cijeni koja se naplaćuje na tržištu (npr. avionske ili aerodromske takse). Prihodi ostvareni naplatom tih i nekih drugih taksi, prihodi su onih organizacija koje ih naplaćuju.<sup>13</sup>

Iz navedenog je jasno da sporne usluge za koje je vezana obaveza plaćanja dažbina (nazvanih taksama) ne pružaju organi državne administracije niti druga javno pravna tijela. Stoga država ne može da utvrdi obavezu plaćanja takse za neku uslugu koju pruža privatno pravno lice (kompanija), čije su usluge čisto komercijalne prirode, kao što su u predmetnom slučaju usluge mobilne telefonije, kablovske televizije i radija i distribucije električne energije. Analizom pravne prirode tzv. taksi na SIM kartice, tarifna brojila i kablovske priključke jasno je da je riječ o pojedinačnim porezima na potrošnju (akciza ili trošarina).<sup>14</sup> Drugim riječima radi se o indirektnim porezima čiji je objekat potrošnja određenih usluga.

### **3. PRIMJENA NAČELA JEDNAKOSTI PRED ZAKONOM (NEDISKRIMINACIJE) U OBLASTI OPOREZIVANJA**

Najveći dio odluke Ustavnog suda zauzima analiza ustavnosti spornih odredaba zakona u kontekstu načela jednakosti pred zakonom. Ova situacija je potpuno razumljiva jer kada je riječ o ustavnosti poreza (u širem smislu i drugih fiskalnih oblika), uporedna ustavno sudska praksa<sup>15</sup> ukazuje da najčešći problem predstavlja njihova usklađenost sa ovim ustavnim principom.

Definicija pojma poreske diskriminacije ne postoji. Koncept diskriminacije može biti određen samo na osnovu opšteg značenja ovog pojma i predstavlja suprotnost principa jednakosti, te stoga u načelu podrazumijeva koncept nejednako-

<sup>13</sup> *Ibid.*, str. 472.

<sup>14</sup> Raspolaganje dohotkom, tj. trošenje ostvarenog dohotka u savremenim državama najčešće podliježe oporezivanju na sledeća dva načina: putem opšteg poreza na promet i putem pojedinačnih (posebnih) poreza na promet. Opšti porez na promet tereti (skoro) sva dobra i usluge koje se nude na tržištu. U savremenom svijetu kao oblik opšteg poreza na promet najčešće se primjenjuje porez na dodatnu vrijednost ili svefazni-neto porez na potrošnju. Nasuprot opšteg oporezivanja prometa stoje pojedinačni (posebni, selektivni) porezi na promet ili trošarine (akcize). Prema tome trošarina jeste poreski oblik koji tereti promet samo pojedinačnih dobara (ili rjeđe usluga) koje se nude na tržištu. Vidi više u – Mijatović, N., *Oporezivanje prometa*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2005, str. 30-31.

<sup>15</sup> Postoji broj država kod kojih nema prakse u predmetnoj oblasti. U Velikoj Britaniji sudovi ne mogu poništavati zakone zbog neustavnosti, osim u slučaju povrede prava Evropske unije. U Holandiji, iako je princip jednakosti formulisan u članu 1. Ustava, sudovi ne mogu ocjenjivati ustavnost zakona i međunarodnih ugovora (član 120 Ustava). U Francuskoj se zakoni mogu ispitivati sa stanovišta ustavnosti samo prije njihovog donošenja, sudska praksa nije toliko bogata. Vidi više u - Popović, D.; Ilić-Popov, G., *Jednakost građana u poreskom pravu*, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, br. 33/2011, str. 152-155.

sti.<sup>16</sup> Dakle, princip jednakosti pred zakonom i princip zabrane diskriminacije predstavljaju dvije strane iste medalje. Ovaj koncept najbolje oslikava pristup koji je zauzeo Sud pravde Evropske Unije (u daljem tekstu: SPEU) u definisanju pojma diskriminacije, a zasnovan na opštem principu jednakosti, koji je imanentan svim pravnim sistemima država članica: „zabrana diskriminacije koja se nalazi u pomenutoj odredbi je prosto poseban izraz opšteg principa jednakosti koji je jedan od osnovnih principa u komunitarnom pravu.“<sup>17</sup> Diskriminacija ne predstavlja prosto pravljenje razlike, već je riječ o njenom negativnom, odnosno pežorativnom smislu: diferencijacija koja ne odgovara stvarnoj razlici, već stavlja jednu kategoriju lica u lošiju poziciju od one koju zaslužuju. Dakle, zabrana diskriminacije ukazuje na kriterijume diferencijacije (različitog tretmana) koji nisu dozvoljeni.<sup>18</sup>

### **3.1. Bazični principi iz prakse Ustavnog suda**

Radi valjanog razumijevanja stavova Ustavnog suda koji se odnose na primjenu načela jednakosti u materiji oporezivanja neophodno je ukazati na najvažnije stavove koje je ova sudska instanca zauzimala u posljednjih nekoliko godina u poreskoj materiji kao i prilikom primjene opšteg principa jednakosti građana pred zakonom.

#### **3.1.1. Pravila u oblasti oporezivanja**

Ustav sadrži svega nekoliko odredbi koje se tiču oporezivanja što otvara put Ustavnom sudu da u svojoj sudskoj praksi zauzme veoma odbojan stav ka mogućnosti uplitanja u ovu oblast pravnog sistema: „Iz navedenih odredaba Ustava dalje, proizilazi da je obaveza plaćanja poreza konstituisana kao ustavna obaveza i da je opšteg karaktera, što znači da je svako dužan da plaća poreze i druge dažbine. Takođe, Ustav utvrđuje princip da se porezi i dažbine mogu uvoditi samo zakonom. Osim osnovnih načela Ustav ne definiše predmet, postupak i način oporezivanja niti sadrži ograničenja u pogledu njihovog uređivanja, već uređivanje tih pitanja u cjelini prepušta zakonodavcu.“<sup>19</sup>

Na osnovu ovih pretpostavki Ustavni sud izvlači zaključak da on nema ovlašćenja da ocjenjuje valjanost odluka zakonodavca u oblasti oporezivanja: “proizilazi da je Skupština ovlašćena da zakonom, u skladu sa Ustavom, uredi način ostvarivanja ljudskih prava i sloboda, kada je to neophodno za njihovo ostvarivanje i druga pitanja od interesa za Crnu Goru, kao i da je svako dužan da plaća poreze i

16 U tom smislu - Adonnino, P., *General Report*, in *Non-discrimination at the crossroads of international taxation*, Vol. 93a *Caheires de Droit Fiscal International*, International Fiscal Association, 2008, str. 22.

17 *Spojени slučajevi 117/76 i 16/77 Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Stöh & Co. v Hauptzollamt Hamburg-St. Annen; Diamalt AG v Hauptzollamt Itzehoe*, pasus 7.

18 Raad, K. V., *Non-Discrimination in International Tax Law*, Kluwer Law International, 1986, str. 9.

19 Ustavni sud Crne Gore (14 oktobar 2010) U-I br. 2/10.

druge dažbine... Ustavni sud, saglasno odredbama člana 149 Ustava, nije nadležan da ocjenjuje cjelishodnost osporenog zakonskog rješenja, već je takva ocjena u domenu zakonodavne politike<sup>20</sup>

Drugim riječima, na ovaj način Ustavni sud suštinski prepušta svu nadležnost u pogledu oporezivanja zakonodavcu: "Iz citiranih odredaba Ustava proizilazi da je Republika ovlašćena da zakonom uredi odnose u oblasti poreza i drugih fiskalnih davanja. Pri tome zakonodavni organ je ovlašćen da uređuje vrste poreza i bitne elemente poreske obaveze (obveznika, osnovicu, stopu, način utvrđivanja i plaćanja, poreska oslobođenja i druga pitanja važna za ostvarivanje poreskog sistema u cjelini.), pa prema tome i elemente pomenutog oblika oporezivanja na način koji nije nesaglasan sa Ustavom."<sup>21</sup>

Ovi stavovi se srijeću u praktično svim slučajevima vezanim za oporezivanje. U slučaju preispitivanja ustavnosti Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica Ustavni sud je odlučio da nije na njemu da određuje objekat oporezivanja: "Uređivanje poreskog sistema u izboru oblika i načina oporezivanja dio je ustavne samostalnosti zakonodavca. Pod uređivanjem poreskog sistema podrazumijeva se i određivanje predmeta oporezivanja. Kako u Ustavu ne postoje ograničenja za zakonodavca da odredi predmet oporezivanja, u okviru odgovarajuće vrste poreza, to je Zakonom, čije se odredbe osporavaju, uvedena obaveza plaćanja poreza na dohodak fizičkih lica i bliže određen predmet oporezivanja."<sup>22</sup>

Slične stavove je moguće naći po pitanju momenta nastanka poreske obaveze: "Ustavni sud, saglasno odredbama člana 149 Ustava, nije nadležan da ocjenjuje da li je dan zaključenja ugovora, odnosno drugog pravnog posla kojim se stiče nepokretnost, adekvatno određen, kao dan nastanka poreske obaveze ili nije, jer je ocjena cjelishodnosti i opravdanosti tog zakonskog rješenja u domenu zakonodavne politike."<sup>23</sup>

Identičan zaključak Ustavni sud donosi vezano za nivo zakonske poreske stope: "Ustavna nadležnost ovog Suda ne obuhvata ocjenjivanje adekvatnosti i pravilnosti visine bilo koje stope poreza, pa tako ni stope poreza na prihode od kapitala, jer je to pitanje poreske politike, a u nadležnosti je zakonodavnog organa... Propisivanje broja, vrste i visine poreskih stopa smatra se izrazom zakonodavne politike države u fiskalnom području, a u okviru ustavne samostalnosti zakonodavca..."<sup>24</sup>

Takođe i ovlašćenja vezana za propisivanje poreskih olakšica Ustavni sud postavlja veoma široko: "Izbor kriterijuma za propisivanje poreske olakšice, u vidu umanjenja poreza od 5 % do 50 % za svaku navršenu godinu starosti vozila, kao i određivanje vozila za čiju se upotrebu ne plaća porez, po ocjeni Suda, isključivo je stvar poreske politike koju vodi Skupština."<sup>25</sup>

20 Ustavni sud Crne Gore (28 januar 2010) U. br. 104/07.

21 Ustavni sud Crne Gore (29 mart 2007) U. br. 12/07.

22 *Ibid.*

23 *Op. cit.*, u bilj. 20.

24 *Op. cit.*, u bilj. 22.

25 Ustavni sud Crne Gore (22. mart 2012) U-I br. 8/11.



### *3.1.2. Pravila u vezi sa primjenom principa jednakosti pred zakonom (nediskriminacije)*

Na osnovu sudske prakse Ustavnog suda diskriminacija ne predstavlja prosto pravljenje diferencijacije već njenu negativnu dimenziju: „U oblasti ljudskih prava diskriminacija predstavlja razlikovanje u pogledu posjedovanja i obima prava koje nije dozvoljeno, zbog osnova i načina razlikovanja.“<sup>26</sup>

Ustavni sud eksplicitno zabranjuje i tzv. „obrnutu diskriminaciju“: „Princip nediskriminacije (jednakost) ne odnosi se samo na jednaki tretman jednakih slučajeva nego i na supstantivnu jednakost - nejednak tretman nejednakih slučajeva u proporciji sa njihovom nejednakošću. Drugim riječima, jednako treba tretirati jednake građane, a različite, u ime jednakosti, različito.“<sup>27</sup>

Na osnovu mišljenja Ustavnog suda, analiza postojanja diskriminacije podrazumijeva postupak koji se sastoji iz tri međusobno uslovljena dijela: „Prema praksi Evropskog suda, kao i Komiteta UN za ljudska prava, analiza načela jednakosti i nediskriminacije upućuje na potrebu istraživanja tri uslova da bi se utvrdilo da li je ovo načelo povrijeđeno. Prvi uslov za postojanje diskriminacije jeste postojanje sličnih, odnosno uporedivih činjeničnih situacija i jednakog ili različitog postupanja. Drugi uslov jeste da se razlika u pravnom postupanju vrši na osnovu određene statusne pripadnosti pojedinca. Pojedinaac treba da bude žrtva manje povoljnog tretmana zbog svoje statusne pripadnosti. Treći uslov čini ispitivanje da li je različito pravno postupanje u sličnim činjeničnim okolnostima, odnosno jednako postupanje u značajno različitim okolnostima, razumno i opravdano.“<sup>28</sup>

Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) smatra da princip jednakosti (pa ni kod oporezivanja) neće biti narušen samo: 1) ukoliko se radi o legitimnom cilju politike države; 2) ukoliko postoji razumna proporcionalnost između upotrijebljenog sredstva (npr. poreskog oslobođenja) i namjeravanog cilja.<sup>29</sup> Ove stavove ESLJP slijedi i Ustavni sud: „Evropski sud za ljudska prava diskriminaciju označava kao različit tretman istih ili sličnih slučajeva, kada za to nema razumnog i objektivnog opravdanja, odnosno, ako ne postoji legitiman cilj kome se teži, ili ne postoji srazmjera (proporcionalnost) između cilja i načina na koji se ovaj legitimni cilj želi postići.“<sup>30</sup>

### *3.2. Stavovi Ustavnog suda u slučaju ustavnosti zakona o taksama*

Zasigurno, Ustav Španije predstavlja ustavni dokument koji na najbolji mogući način štiti poreskog obveznika kada je riječ o primjeni principa zabrane

26 *Ibid.*

27 Ustavni sud Crne Gore (24. mart 2011) U-I br. 27/10, 30/10 i 34/10.

28 Ustavni sud Crne Gore (26. decembar 2012) U - I br. 3/09.

29 Popović, D., *Poresko pravo - Sedmo izmjenjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011, str. 145.

30 Ustavni sud Crne Gore (18. oktobar 2012) U - I br. 4/11.

diskriminacije (jednakosti građana pred zakonom): “Svi moraju doprinostiti javnim rashodima u skladu sa njihovim ekonomskim kapacitetom, kroz pravičan poreski sistem zasnovan na principima jednakosti i progresivnosti, koji ni u jednom slučaju ne smije biti konfiskatoran.”<sup>31</sup> Iz ove formulacije moguće je izvući zaključak da u materiji oporezivanja dolazi do kršenja principa jednakosti pred zakonom (zabrane diskriminacije) u slučaju odstupanja od: 1. principa opštosti poreza; 2. principa *ability-to-pay*; 3. principa proporcionalnosti; 4. principa jednakog tretmana.

### 3.2.1. Princip opštosti poreza

Opštost predstavlja preduslov koji mora biti ispunjen prilikom analize zahtjeva jednakosti u oporezivanju.<sup>32</sup> Dakle, ona čini formalni uslov pravičnosti kod oporezivanja: riječ je jednostavno o pretpostavci da su sva lica koja podliježu jednoj od odlučujućih činjenica, zato što koriste zajedničke nedjeljive usluge države, u obavezi da plaćaju porez. Međutim, zahtjev da poreska obaveza treba da bude opšta ne znači da u savremenom svijetu ne postoje različita poreska oslobođenja (politički, ekonomski, socijalni, poresko-tehnički ili finansijski razlozi), niti da je njihovo postojanje u suprotnosti sa ovim načelom. Ovakvim oslobođenjima, nije narušena opštost poreza, kao formalni uslov pravičnosti.<sup>33</sup> Upravo suprotno, ona postoje da bi se obezbijedila pravičnost u oporezivanju.<sup>34</sup> Ovo ustavno načelo Ustavni sud eksplicitno potvrđuje i u svojoj praksi: „Iz navedenih odredaba Ustava dalje, proizilazi da je obaveza plaćanja poreza konstituisana kao ustavna obaveza i da je opšteg karaktera, što znači da je svako dužan da plaća poreze i druge dažbine.”<sup>35</sup>

U predmetnoj presudi, analizirajući primjenu principa jednakosti u oporezivanju, Ustavni sud potvrđuje da princip opštosti predstavlja njegov neraskidivi dio: “Jednakost pred poreskim zakonom ili zakonom kojim se uvode druge dažbine, prema pravnoj teoriji obezbjeđuje se kroz opštost plaćanja i pretpostavlja da sva lica, u granicama svoje poreske odgovornosti, moraju da plaćaju poreze i druge dažbine, jer koriste javna dobra.”<sup>36</sup> Međutim, u fusnoti odluke, Ustavni sud na dosta nejasan način precizira primjenu principa opštosti u konkretnom slučaju, tvrdnjom da kod taksi postoje određena odstupanja i specifičnosti: “Pravna priroda takse, kao jednog od fiskalnih (dažbinskih) javnih prihoda, prema finansijskoj teoriji, međutim, ne podržava koncept opštosti. Zbog toga se, prema tom shvatanju, kod taksi jednakost mora vrednovati ne na bazi opštosti, nego na osnovu drugih kriterijuma (intenziteta dobijene usluge, njenog troška, vrijednosti koju pruža primaocu – taksenom obvezniku i sl.)”<sup>37</sup>

31 Odjeljak 31.1. Ustava Španije.

32 Tarsitano, A., *The Defense of Taxpayer's Rights in the Courts of Argentina*, Bulletin for International Taxation, August/September 2005, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, str. 412.

33 Popović, D., *op. cit.*, u bilj. 30, str. 30-31.

34 Lovčević, J., *Institucije javnih finansija*, Službeni list SFRJ, Beograd 1979, str. 95.

35 *Op. cit.*, u bilj. 26.

36 *Op. cit.*, u bilj. 5.

37 *Ibid.*

Iako ne navodi izvor koji je poslužio za ove stavove, njihova kontradiktornost leži u činjenici da Ustavni sud selektivno i nekonzistentno citira korišćenu literaturu: "Zahtjev u pogledu opštosti ima smisla samo u pogledu poreza, shvaćenog u najužem smislu riječi. Kod taksi važi pravilo da ko dobija od države uslugu plaća cijenu; ko ne plati taksu načelno neće zauzvrat dobiti bilo kakvu uslugu. Princip ekvivalencije koji postoji kod djeljivih usluga ne vodi opštosti obaveze. Otuda se kod taksi jednakost mora vrednovati ne na bazi opštosti, nego na osnovu drugih kriterijuma (intenziteta dobijene usluge, njenog troška, vrijednosti koju prima pružaocu – taksenom obvezniku i sl.)."<sup>38</sup>

Preciznije, priroda taksi, kao jednog od fiskalnih (dažbinskih) javnih prihoda, ne podržava koncept opštosti. Naime, taksa je cijena za uslugu koju obveznik plaća, tražeći od određenog državnog organa (sudskog, upravnog, carinskog, konzularnog i dr.) da za njega obavi određenu radnju (npr. izda uvjerenje, sudski ovjeri prepis nekog dokumenta, donese sudsku odluku, sprovede neku radnju u postupku raspravljanja zaostavštine i dr.). Zbog toga, taksena obaveza ne može, načelno, da se odredi kao opšta, jer je inicirana, za razliku od situacije kod poreza, procjenom samog zainteresovanog lica.<sup>39</sup>

I pored navedenih nejasnoća u stavovima, Ustavni sud nastavlja preispitivanja usklađenosti predmetne dažbine sa principom opštosti: "Načelo opštosti iz odredbe člana 142 Ustava stav 1 Ustava, prema nalažanju Ustavnog suda, zahtijeva da takse, kao porezi i ostale dažbine, određuju generalno za sva lica unaprijed, a ne od slučaja do slučaja, odnosno selektivno prema pojedinim licima."<sup>40</sup> Na osnovu ove tvrdnje Ustavni sud ulazi u preispitivanje olakšice u slučaju takse na električna brojlila, vezane za primarni stambeni objekat i loš materijalni položaj, i daje afirmativan odgovor po pitanju njene usklađenosti sa Ustavom jer ona ima legitiman cilj: "ekonomsko-socijalnu zaštitu tih lica..."<sup>41</sup>

Iz navedenih formulacija se izvlači zaključak da je Ustavni sud u predmetnom slučaju, analizirao načelo opštosti u odnosu na sva taksene obveznike koji se na osnovu propisa nalaze u pravnoj situaciji da plate ovu dažbinu. Ovakav stav o načelu jednakosti kada je riječ o taksama srijećemo i u ranijoj praksi Ustavnog suda: "propisivanjem taksene obaveze za podneske na izjavljena pravna sredstva i ostale radnje suda, zakonodavac nije povrijedio ustavni princip jednakosti građana pred zakonom, bez obzira na bilo kakvu posebnost ili lično svojstvo, jer se svako lice koje dođe u pravnu situaciju da na njega budu primijenjene navedene odredbe, ne stavlja u nejednak – povoljniji položaj, u odnosu na sva druga lica, na koje se te odredbe odnose."<sup>42</sup>

Ovakav pristup u primjeni načela jednakosti kada je riječ o taksama se može smatrati ispravnim. I pored nejasnih teorijskih osnova na bazi citirane literature, Ustavni sud analizira načelo opštosti u vezi sa taksama u njegovom "užem smislu"

38 Popović, D., *op. cit.*, u bilj. 30, str. 31-32.

39 Popović, D.; Ilić-Popov, G., *op. cit.*, str. 146.

40 *Op. cit.*, u bilj. 5.

41 *Ibid.*

42 Ustavni sud Crne Gore (24. Novembar 2011) U-I br. 1/11.

– opštost plaćanja fisklane obaveze u okviru kruga lica koja svojim radnjama dolaze u situaciju da plate taksu. Ovakav stav je i jedino moguće, pošto je princip opštosti u širem smislu jedino primjenjiv kada je riječ o porezima. Takođe, ispravan je i zaključak da su izuzeća od plaćanja takse socijalno-ekonomskog karaktera legitimna i da ne narušavaju princip jednakosti. Međutim, pošto u svojoj pravnoj prirodi sporna dažbina nije taksa nego porez, ovolika pažnja Ustavnog suda posvećena predmetnoj problematici se može smatrati suvišnom.

### 3.2.2. *Princip sposobnosti plaćanja prema ekonomskoj snazi (ability-to-pay)*

Ovaj princip kao posebna dimenzija načela jednakosti jeste imanentan porezima. Drugi naziv pod kojim se ovaj princip javlja je i načelo pravednosti. U većini država Evrope ovaj princip predstavlja liniju razgraničenja između oporezivanja i eksproprijacije (konfiskacije) imovine.<sup>43</sup> Riječ je o dvostrukom standardu: a) horizontalna pravičnost – zahtjev da lica sa istom ekonomskom snagom (poreskim kapacitetom) treba da plate isti porez; b) vertikalna pravičnost – zahtjev da lica sa većom ekonomskom snagom (poreskim kapacitetom) treba da na ime poreza plate više. Dakle, princip *ability-to-pay* zahtijeva da se u okviru jedne države oporezivanje vrši u skladu sa obveznikovom sposobnošću da doprinese javnim rashodima.<sup>44</sup>

Kada je riječ o ustavnom načelu jednakosti, kao glavnom izvorištu principa sposobnosti plaćanja, srijećemo dva pristupa. Prvi, da se pomenuta poreska dimenzija izvlači iz opšteg načela jednakosti građana pred zakonom (npr. Njemačka). Sudska praksa Ustavnog suda Njemačke je da ustavni princip jednakosti zabranjuje bilo koji propis koji kao osnovno načelo nema *ability-to-pay*.<sup>45</sup> Sa druge strane, postoje države čiji ustavi pored opšteg principa jednakosti eksplicitno predviđaju specifičnu dimenziju ovog načela kada je riječ o oporezivanju. Primjer za to može poslužiti Ustav Italije: Svako lice će doprinositi javnim rashodima u skladu sa svojom poreskom sposobnošću.<sup>46</sup> U svojoj praksi Ustavni sud Italije dodatno pojašnjava da: „Član 53 stav 1 Ustava predstavlja pojašnjenje opšteg načela jednakosti“<sup>47</sup>, kao i da: „član 53 stav 1 Ustava zahtijeva da je svaka poreska obaveza vezana za poresku sposobnost lica na koje se odnosi: isti se zasniva na principu jednakosti, zbog neophodnosti da se za svaki poreski oblik nađe osnov u nekoj konkretnoj činjenici koja odslikava njegovo bogatstvo [materijalno stanje]“.<sup>48</sup>

43 Gregg, M., *The Masa Investment Group as a 'Nec Plus Ultra' Case for the Application of the European Convention on Human Rights to Tax Law?*, INTERTAX, Volume 35, Issue 6/7, 2007, Kluwer Law International, str. 369.

44 Bardini, C., *The Ability to Pay in the European Market – An Impossible Sudoku for the ECJ*, INTERTAX, Volume 38, Issue I, 2010, Kluwer Law International BV, The Netherlands, str. 2.

45 Baker, W. B., *The Three Faces of Equality – Constitutional Requirements in Taxation*, Case Western Reserve Law Review, Case Western Reserve University, 2006. str. 52.

46 Član. 53. Ustava Republike Italije.

47 Presuda br. 143, godina 1995, in Enrico, M., *Raccolta di giurisprudenza costituzionale in materia tributaria (1957-2007)*, 292, [http://aperto.unito.it/bitstream/2318/488/1/0\\_composto.pdf](http://aperto.unito.it/bitstream/2318/488/1/0_composto.pdf), 18.10.2013.

48 *Ibid.*, str. 290.

Međutim, komparativna analiza pokazuje da sama činjenica da neki ustav sadrži specifičan princip jednakosti pred poreskim zakonom ne znači da je jednakost građana u oporezivanju u toj državi zaštićenija nego u državi u kojoj je formulisan samo opšti princip jednakosti pred zakonom. Od suštinske važnosti je način na koji ustavni sud vrši ulogu, odnosno do koje mjere je ovlašten i spreman da ide u poništavanje poreskih zakona zbog nejednakog tretmana, makar jednakost bila proklamovana samo kao princip opšteg karaktera. Tako je Ustavni sud Njemačke razvio značajnu aktivnost poništavajući poreske zakone zbog povreda načela jednakosti, razvijajući tumačenje tog načela kroz doktrinu da oporezivanje treba da se sprovodi u skladu sa principom sposobnosti plaćanja (koji se, inače, u Ustavu ne formuliše kao poseban zahtjev). Kada je riječ o primjeni principa sposobnosti plaćanja poreza u najčešćem broju slučajeva jurisprudencija ustavnih sudova odnosi se na porez na dohodak.<sup>49</sup> Logičan razlog jeste činjenica da je ovaj poreski oblik pogodan za primjenu progresivnih poreskih stopa te raznih socijalno-političkih olakšica, te da je zbog toga najefikasniji i najčešći način da se ublaži ili anulira regresivno dejstvo indirektnih poreza.

Ustavni sud Njemačke smatra da ustavni principi jednakosti i *ability-to-pay* zahtijevaju progresivno oporezivanje jer pravda zahtijeva da jači ekonomski akter mora da plaća porez u skladu sa višom poreskom stopom nego lice slabije ekonomske sposobnosti.<sup>50</sup> Dakle ovdje je riječ o principu vertikalnog *ability-to-pay*. Više puta Ustavni sud Italije je ponovio da se ustavno načelo progresivnosti odnosi na cjelokupni unutrašnji poreski sistem, i nije prerogativ svih pojedinačnih poreskih oblika, a primjenjuje se u skladu sa preferencijama u odnosu na pojedine poreske oblike.<sup>51</sup> Na taj način se može, ne samo neutralizovati negativno socijalno dejstvo indirektnih poreza, nego postići da osobe sa većom poreskom snagom budu procentualno više opterećene.<sup>52</sup> Upravo zato se ovaj princip dovodi u direktnu vezu sa ustavnim principom društvene solidarnosti.<sup>53</sup> Kao što je već rečeno, pored progresivnih stopa, porezi na dohodak su najzahvalniji za primjenu raznih socijalnih elemenata u oporezivanje koje utiču na obveznikov *ability-to-pay*.

49 Popović, D., *op. cit.*, u bilj. 30, str. 32.

50 Baker, W. B., *op. cit.*, str. 52.

51 De Mita, E., *Diritto Tributario e Corte Costituzionale – Una Giurisprudenza “Necessitata”*, Bollettino tributario d’informazioni, Vol. 75, 2008, Bollettino Tributario, Milano, str. 4.

52 Jelčić, B., *Porez na dodanu vrijednost*, Savez računovođa i finansijskih radnika Hrvatske, str. 36. Ako se uzme u obzir veliki fiskalni značaj indirektnih poreza, činjenica da u nekom poreskom sistemu postoje porezi sa progresivnim stopama ne mora da znači da je taj sistem i ukupno progresivan. Udio poreza npr. na imovinu je, u zavisnosti od poreskog sistema, neuporedivo veći od onog koji imaju indirektni porezi. Stoga, ukoliko se porez na imovinu učini progresivnim, on će samo djelimično ublažiti regresivna dejstva indirektnih poreza. U ovom slučaju je riječ o djelimično kompenzatornoj progresiji. Ako, međutim, i neki izdašnji porez učinimo progresivnim, recimo porez na dohodak, njegovo progresivno dejstvo može u potpunosti anulirati regresivno dejstvo indirektnih poreza, tako da ukupan poreski sistem bude proporcionalan. Tada govorimo o potpunoj kompenzatornoj progresiji. Konačno, ako je visina progresivnih poreskih stopa postavljena tako da se ne samo anulira regresivno dejstvo indirektnih poreza, već je postignut sveopšti progresivni učinak poreskog sistema, u pitanju je apsolutna progresija. – Vidi u: Popović, D., *op. cit.*, u bilj. 30, str. 32.

53 Lupi, R., *Diritto Tributario – Parte Generale*, Ottava Edizione, Giuffrè Editore, 2005, str. 10.

Pored pitanja progresivnosti poreskog sistema, postojanje tzv. egzistencijalnog minimuma bilo je predmet jurisprudencije najviših nacionalnih sudskih instanci. Iz principa zaštite ljudskog dostojanstva proizilazi da poreski zakonodavac ne bi smio isti da podvrgne oporezivanju, već samo ekonomsku snagu koja je iznad njega.<sup>54</sup> Princip da porezom na dohodak treba zahvatiti isključivo stvarni ekonomski kapacitet poreskog obveznika dovela je Ustavni sud Njemačke do zaključka da iznos koji predstavlja osnovne životne potrebe (*necessities of life*), tj. egzistencijalni minimum, treba biti isključen iz poreske osnovice.<sup>55</sup> Drugim riječima, Ustavni sud Njemačke smatra da država mora garantovati svakom građaninu egzistencijalni minimum u skladu sa principom ljudskog dostojanstva.<sup>56</sup> U savremenim poreskim sistemima oslobođenje egzistencijalnog minimuma sprovodi se bilo pružanjem odbitaka, bilo u vidu poreskog kredita, bilo putem tzv. nulte zone, tačnije rečeno, propisivanjem nulte stope za prvu tranšu u skali poreske progresije. Čak je i SPEU u svojoj jurisprudenciji ustanovio da nulta zona ima „socijalnu svrhu, tako što dozvoljava da se poreskom obvezniku pruži izuzeće osnovnog minimuma pri oporezivanju dohotka“.<sup>57</sup> Interesantno, Ustavni sud Kolumbije u slučaju ocjene ustavnosti PDV-a na osnovne potrošačke proizvode (osnovne životne namirnice) je odlučio da prosječan građanin koji pripada dijelu populacije sa najmanjim prihodima troši oko 85% svog dohotka u obezbjeđivanju – *minimum vitalis* (osnovnog ljudskog prava na dostojanstven život) na hranu, stanovanje i školovanje, te stoga, da bi mogao biti smatran u skladu sa ustavom, ukupan poreski teret može pogađati samo preostalih 15%.<sup>58</sup>

Drugi objektivni oblici poreza, kao što su porezi na potrošnju (npr. PDV, akcize i carine) ne mogu na istinski način biti u skladu sa modernom socijalnom sadržinom principa *ability-to-pay*. Glavna negativna socijalna osobina poreza na potrošnju jeste njihova regresivnost. Dakle, poreski sistemi koji se dominantno oslanjaju na poreze na potrošnju u poređenju sa onim koji se temelje na porezima na prihode *ceteris paribus* tolerišu veći nivo socijalne nejednakosti.<sup>59</sup> Prihvatanje PDV-a kao unutrašnje manifestacije sposobnosti plaćanja pojedinca, u smislu da ako neko kupi određenu stvar, on/ona moraju da je plate, a u njenu cijenu je uračunat porez jeste tačno, ali predstavlja isuviše usko gledište. Svakako da potrošači moraju posjedovati sposobnost plaćanja ukoliko vrše potrošnju, ali ovakav stav ne uzima u

54 Popović, D., *Poresko pravo*, JP Službeni glasnik, 2008, str. 32.

55 Baker, W. B., *op. cit.*, str. 43.

56 Ordower, H., *Horisontal and Vertical Equality in Taxation as Constitutional Principles – Germany and United States Contrasted*, Florida Tax Review, University of Florida, 2006, str. 32.

57 Slučaj 234/01, *Arnoud Gerritse v Finanzamt Neukölln-Nord*, pasus 48.

58 Cruz, N. Q., *Minimum Vitalis and the Fundamental Right to Property as a Limit to Taxation in Columbia*, in *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, eds. Kofler, G.; Maduro, M. P.; Pistone, P., International Bureau of Fiscal Documentation, 2011, str. 359.

59 Englisch, J., *VAT/GST and Direct Taxes: Different Purposes*, in *Value Added Tax and Direct Taxation: Similarities and Differences*, eds. Lang, M.; Peter Melz, Kristoffersson, E.; Ecker, T., International Bureau of Fiscal Documentation, 2009, str. 24.

obzir PDV koji je u nju ugrađen, u mjeri u kojoj on može da ograniči ukupni *ability-to-pay* potrošača. Stoga, bez obzira na to što obrasci potrošnje oslikavaju princip *ability-to-pay*, izvršne vlasti nekada pokušavaju da unesu principe progresivnosti u oporezivanje potrošnje, a posebno u slučaju PDV-a. Postojanje više stopa predstavlja zakonsku odlučnost da se jače oporezuju proizvodi za koje je veća vjerovatnoća da će biti trošeni od strane onih koji su imućniji. Kao i kod njemačkog poreza na potrošnju, neke države SAD-a koriste dvije ili više poreskih stopa u slučaju ove vrste poreza da bi ublažile regresivnost poreza na promet.<sup>60</sup> U ovom trenutku, postoji širok konsenzus, makar u demokratskim društvima, da bi primjena PDV-a trebala biti izbjegnuta, u skladu sa tehničkim mogućnostima, kada je riječ o potrošnji osnovnih životnih potreba.<sup>61</sup> I pored inicijalnih primjedbi od strane nekih akademaca, princip *ability-to-pay* je u međuvremenu odlučno ustanovljen od strane Ustavnog suda Njemačke kao relevantni izraz poreske pravde u oblasti poreza na potrošnju.<sup>62</sup>

U oblasti PDV-a je interesantno spomenuti sudsku praksu Ustavnog suda Kolumbije i Ustavnog suda Hrvatske. U slučaju preispitivanja ustavnosti primjene PDV-a na određene proizvode za domaćinstvo Ustavni sud Kolumbije je odlučio da je ovo oporezivanje bilo neustavno, jer je sporni zakon kršio principe progresivnosti, *minimum vitalis* i princip pravičnosti.<sup>63</sup> Slično, pitanje ustavnosti osnovne stope PDV-a koja se primjenjuje na neke bazične proizvode, pred Ustavnim sudom Hrvatske, rezultiralo je izmjenama zakona od strane zakonodavca u toku trajanja postupka, a važno je ukazati na stavove vezane za visinu poreskih stopa: „Naime, Ustavni sud može, sukladno odredbama Ustava i Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (‘‘Narodne novine’’, br. 99/99), ukinuti propis, ali ne i stvarati propise u smislu određivanja (različitih) stopa PDV-a, niti može ukinuti jedinstvenu stopu tog poreza i time lišiti smisla čitav taj porezni sustav samo zato što predlagatelji smatraju da je jedinstvena stopa previsoka, gospodarski nesvršishodna ili protivna načelima socijalne pravednosti.’’<sup>64</sup>

Sličano stanovište srijećemo i u sudskoj praksi Ustavnog suda vezano za mogućnosti odlučivanja o stopama PDV-a: ‘‘Ustavna nadležnost ovog Suda ne obuhvata ocjenjivanje adekvatnosti i pravilnosti visine bilo koje stope poreza, pa tako ni stope poreza na prihode od kapitala, jer je to pitanje poreske politike, a u nadležnosti je zakonodavnog organa... Propisivanje broja, vrste i visine poreskih stopa smatra se izrazom zakonodavne politike države u fiskalnom području, a u okviru ustavne samostalnosti zakonodavca.’’<sup>65</sup>

60 Ordower, H., *op. cit.*, u bilj. 57, str. 14.

61 Englisch, J., VAT/GST... *op. cit.*, u bilj. 60, str. 25.

62 Englisch, J., *The Impact of Human Rights on Domestic Substantive Taxation – the German Experience*, in *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, eds. Kofler, G.; Maduro, M. P.; Pistone, P., International Bureau of Fiscal Documentation, str. 290.

63 Cruz, N. Q., *op. cit.*, u bilj. 59, str. 357.

64 Ustavni sud Hrvatske (5. jul 2000) U-I/607/1996, VII-7.

65 *Op. cit.*, u bilj. 22.

U drugim slučajevima poreza na potrošnju, Ustavni sud Njemačke je odlučio da značajno niža stopa poreza na potrošnju koja se primjenjuje na male biznise sa bruto prihodima ispod 60,000 njemačkih maraka, za razliku od drugih kompanija, predstavlja razumnu primjenu diskrecije zakonodavca i da nije u suprotnosti sa principom jednakosti. Razlog za postojanje ove olakšice je zabrinutost zakonodavca da mali biznisi neće biti u stanju da teret višočije poreske stope prevale na svoje potrošače.<sup>66</sup>

Jedan od najznačajnijih dijelova odluke Ustavnog suda jeste onaj koji se tiče preispitivanja ustavnosti spornog fiskalnog oblika u pogledu posebne poreske dimenzije načela jednakosti - principom *ability-to-pay*. Prije analize predmetnih stavova odluke, treba postaviti pitanje da li je ova analiza bila uopšte neophodna, pošto Ustavni sud istu zasniva na tvrdnji da je riječ o taksu. U poresko pravnoj teoriji dovođenje u vezu principa *ability-to-pay* sa jedne strane i taksu ili doprinosima sa druge jeste pod velikim znakom pitanja. Poreska politika u praksi savremenih država se formuliše uglavnom nezavisno od rashodne strane, a njena pravičnost se utvrđuje u skladu sa principom ekonomske snage poreskog obveznika.<sup>67</sup> Drugim riječima, prihodi, imovina ili potrošnja poreskog obveznika su parametri ocjene principa *ability-to-pay*, a ne vezanost predmetnog poreza za korist koju on ima od protivusluge (takse) ili socijalnih transfera (doprinosi). Dakle, ovaj princip je vezan prije svega za poreze u užem smislu, koji se definišu kao davanja iza kojih ne stoje konkretizovane protivusluge od strane države.

Kada su takse u pitanju, prilikom odmjeravanja njihovog tereta služi tzv. princip koristi koji uzima u obzir troškove pružanja usluge taksenog organa.<sup>68</sup> Ovo znači da se teret takse koji trpi obveznik mjeri odnosom troškova koje je imao državni organ za učinjenu uslugu (izdavanje izvoda iz matične knjige rođenih: kancelarijski materijal, naknada zaposlenom službeniku i dr.) u odnosu na cijenu te usluge. Ukoliko je prevelika razlika između iznosa troškova usluge i cijene koju za istu plaća korisnik onda se može reći da je povrijeđeno načelo koristi prilikom procjene visine takse. Potpuno suprotno, kod poreza princip *ability-to-pay* podrazumijeva poređenje visine poreskog tereta sa obveznikovom manifestacijom ekonomske snage u vidu dohotka, imovine ili potrošnje. Dakle, pošto je Ustavni sud smatrao sporne dažbine po svojoj pravnoj prirodi taksama a ne porezima, bespredmetna je njihova analiza u kontekstu poreskog principa *ability-to-pay* jer isti na njih nije primjenjiv.

Međutim, pošto se već odlučio da preispita sporni fiskalni oblik u kontekstu poreskog načela *ability-to-pay*, interesantno je vidjeti kakve je stavove zauzeo u teorijskom smislu. Ustavni sud Crne Gore se ispravno poziva na praksu Ustavnog suda Njemačke, koja služi kao parametar u okviru komparativne ustavnosudske prakse, kada je ova materija u pitanju, te potvrđuje identičnost ustavnih osnova za formiranje ovog principa: "Mjerila koja je za određivanje te granice u

66 Ordower, H., *op. cit.*, u bilj. 57, str. 54.

67 Popović, D., *op. cit.*, u bilj. 30, str. 37.

68 Popović, D.; Ilić-Popov, G., *op. cit.*, str. 150.



ustavnosudskoj praksi oblikovao Savezni ustavni sud Savezne Republike Njemačke, danas se smatraju vladajućim smjernicama u djelovanju evropskih ustavnih sudova. Zbog uporedivih ustavnih osnova – primjenjiva su i u crnogorskom ustavnom poretku, jer ni u Ustavu te države “spособnost plaćanja” nije ustavna kategorija za raspodjelu poreskog tereta...”.<sup>69</sup>

Analizom Ustava Crne Gore dolazi se do zaključka da on sadrži jako malo poreskih odredaba: a) država se finansira od poreza, dažbina i drugih prihoda; b) svako je dužan da plaća poreze i druge dažbine; c) porezi i druge dažbine mogu se uvoditi samo zakonom.<sup>70</sup> Dakle, kada je riječ o posebnim poreskim principima, Ustav sadrži samo načelo opštosti poreske obaveze (svako je dužan da plaća porez) i načelo zakonitosti poreza (mogu se uvoditi samo zakonom).

Kao suprotan primjer ustavnog regulisanja materije oporezivanja može poslužiti Ustav Italije. Pored ostalih, manje bitnih odredaba koje se tiču oporezivanja, on sadrži kao osnovna poreska načela: a) zakonitost poreza; b) *ability-to-pay*; c) opštost poreske obaveze; d) jednakost u oporezivanju; e) progresivnost poreskog sistema.<sup>71</sup> Na prvi pogled čini se očiglednim da Ustav Italije predviđa daleko veći ustavni osnov za suštinsko uplitanje ustavnog suda u materiju oporezivanja od onog koji postoji u našem ustavnom sistemu.

Međutim, kao što je već pomenuto, uporedna praksa pokazuje da broj odredaba ustava koji se tiču oporezivanja nije presudna u ponašanju ustavnih sudova u ovoj oblasti pravnog sistema. Dakle, samo se na prvi pogled može učiniti da Ustavni sud nema dovoljan pravni osnov za suštinsko uplitanje u materiju oporezivanja, prilikom ocjene usklađenosti poreskih zakona sa ustavom. Kao potvrdu ovog stava može poslužiti upravo ustavni sistem Njemačke, kao države čiji je Ustavni sud razvio vjerovatno i najobimniju praksu o ovoj materiji. Komparativna analiza pokazuje da se sudske prakse Ustavnog suda kao i Ustavnog suda Njemačke zasnivaju praktično na identičnim ustavnim principima. Ustav Njemačke takođe ne sadrži eksplicitno princip *ability-to-pay* kao ni princip progresivnosti poreza. Isti su proizvod sudske prakse, a pravni osnov nalaze u kombinaciji opšteg principa jednakosti pred zakonom i principa socijalne države. Analizom Ustava princip jednakosti pred zakonom nalazimo u članu 17 stav 1, dok se princip socijalne države (pravde) nalazi u preambuli i članu 1. Uostalom, Ustavni sud u odluci eksplicitno potvrđuje identičnost ustavnih osnova za formiranje principa *ability-to-pay* kao i u njemačkom ustavnom sistemu.

Preciznije, kao što Njemački ustavni sud kombinacijom principa socijalne države i jednakosti pred zakonom tvori u svojoj praksi ustavni princip *ability-to-pay*, identično i Ustavni sud u predmetnoj odluci dovodi u korelaciju ustavni princip jednakosti i princip socijalne pravde: „U tom kontekstu, po ocjeni Ustavnog suda, princip jednakosti građana pred zakonom... na čiju povredu ukazuju podnosioci

69 *Op. cit.*, u bilj. 5.

70 Član 142 Ustava Crne Gore, Službeni list Crne Gore, br. 1/2007.

71 Luca, G. D., *Diritto Tributario - XXII Edizione*, Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, 2008, str. 25.

predloga i inicijative je u istoj – ustavnoj ravni sa načelom (ekonomske i socijalne) solidarnosti i principom koristi.”<sup>72</sup>

Stoga, Ustavni sud zauzima logičan stav, da u vršenju poreske vlasti na osnovu Ustava država mora da obezbijedi socijalnu pravdu: “Ustavni karakter socijalnih prava, kao osnovnih prava garantovanih Ustavom, upućuje na dva osnovna zahtjeva socijalne države: - državna i javna vlast dužna je slijediti politiku pravedne i jednake redistribucije nacionalnih resursa kako bi izjednačila ekstremne nejednakosti; - zakonodavna i izvršna vlast pravno su obavezne postizati sklad između ograničenih sredstava državnog budžeta i socijalnih ciljeva koji su postavljeni u Ustavu.”<sup>73</sup>

Međutim, poslije citiranja principa Njemačkog ustavnog suda, kao i eksplicitnog stava o identičnosti ustavnih osnova Ustava Njemačke i Ustava Crne Gore u predmetnoj materiji, te potvrde principa socijalne pravde, Ustavni sud dolazi do potpuno suprotnog zaključka: “Ustav Crne Gore, međutim, neposredno ne određuje ekonomsku snagu obveznika poreza, dažbina i drugih naknada, kao kriterijum za utvrđivanje srazmjernosti fiskalnih obaveza, iz čega, prema nalaženju Ustavnog suda, proizilazi da je rješavanje tog pitanja u isključivoj nadležnosti zakonodavca, odnosno da je zakonodavac ovlašćen, da u okviru odgovarajuće vrste poreza, odnosno dažbine propiše taj standard ili da od njega odstupi, kada za to postoji opravdan razlog.”<sup>74</sup>

Drugim riječima, poslije svih navedenih tvrdnji, umjesto uspostavljanja istih principa Ustavnog suda Njemačke po pitanju poreskog principa *ability-to-pay*, Ustavni sud ruši sve do tada izneseno, karikiranjem određenih stavova<sup>75</sup> Ustavnog suda Njemačke na način što izuzetak uzdiže na nivo pravila. Na ovaj način Ustavni sud svjesno stvara alibi, preciznije bježi, od uplitanja u ovu veoma delikatnu pravnu problematiku: “Iz navedene prakse Saveznog ustavnog suda Savezne Republike Njemačke proizilazi da faktička međusobna neuporedivost privatnih imovinskih sfera pojedinaca u konkretnim slučajevima, postavlja granice ocjeni dejstva apstraktnih pravnih normi kojima se zadire u privatnu imovinsku sferu njihovih adresata.”<sup>76</sup>

### 3.2.3. *Princip proporcionalnosti (srazmjernosti)*

ESLJP smatra da princip jednakosti (pa ni kod oporezivanja) neće biti narušen samo: 1. ukoliko se radi o legitimnom cilju politike države; i 2. ukoliko postoji razumna proporcionalnost između upotrijebljenog sredstva (npr. poreskog oslobođenja) i namjeravanog cilja.<sup>77</sup> Iako se u većini predmeta ESLJP oslanjao na procjenu država vezanu za opšti interes, neočekivano, u samo nekoliko slučajeva

72 *Op. cit.*, u bilj. 5.

73 *Ibid.*

74 *Ibid.*

75 Šarčević, E., *Izabrane presude njemačkog Saveznog ustavnog suda – jubilarno izdanje*, Konrad Adenauer, Skoplje, 2009, str. 191.

76 *Op. cit.*, u bilj. 5.

77 Popović, D.; Ilić-Popov, G., *op. cit.*, str. 145.

kada ona nije prihvaćena, nalazi se i poreski slučaj *S.A. Dangeville v. France*.<sup>78</sup> U ovom predmetu ESLJP nije prihvatio opravdanje od opšteg interesa francuskih vlasti vezan za pravilo “klasifikacije pravnih lijekova”: “U pogledu argumenta koji se tiče primjene pravila “klasifikacije pravnih lijekova”, Sud... ne vidi niti jedan razlog da usvoji suprotan pristup kada je u pitanju ‘opšti interes’.”<sup>79</sup>

Veoma interesantno, Ustavni sud se poziva na ove stavove ESLJP u predmetnoj odluci, te analizira predmetni fiskalni oblik sa stanovišta ova dva kriterijuma. Kada je riječ o prvom kriterijumu, preciznije pitanju - koji je cilj zakonodavac želio da postigne donošenjem Zakona i je li taj cilj legitiman, Ustavni sud donosi logičan i valjan zaključak: „Zakon, po nalaženju Ustavnog suda, doprinosi stabilizaciji državnog finansijskog sistema u uslovima krize i čini jednu u nizu mjera javne politike koje su usmjerene istom cilju – obezbjeđenju nesmetanog i redovnog ispunjavanja obaveza za koje su sredstva planirana u državnom budžetu i u tom smislu može se smatrati koherentnim i usklađenim.”<sup>80</sup>

Međutim, kada je riječ o kriterijumu proporcionalnosti, odnosno odgovor Ustavnog suda na pitanje - da li su taksene obaveze koje su uvedene Zakonom, srazmjerne cilju kojeg je zakonodavac želio da postigne, odnosno da li te obaveze predstavljaju prekomjeran teret za njegove adresate, zaslužuje značajno veći prostor i analizu. Treba staviti poseban akcenat na korišćenje ovog principa u materiji oporezivanja, jer se on već dugo godina primjenjuje u komparativnoj ustavno sudskoj praksi, kao i praksi supranacionalnih sudskih instanci (ESLJP i SPEU), a javlja se i *ad literam* u crnogorskom pravnom sistemu, iako zakamufliran u širi pravni princip “zaštite prava građana i zaštite javnog interesa”: “Ako se na osnovu zakona strankama i drugim učesnicima u postupku nalažu obaveze, prema njima će se primjenjivati mjere predviđene propisima koje su za njih povoljnije, ako se takvim mjerama postiže cilj zakona.”<sup>81</sup>

Ustavni sud pravni osnov za primjenu principa proporcionalnosti u svojoj praksi nalazi u odredbama Ustava: “... da se prava i slobode ostvaruju na osnovu Ustava i potvrđenih međunarodnih sporazuma (član 17 stav 1), da se zajamčena ljudska prava i slobode mogu ograničiti samo zakonom, u obimu koji dopušta Ustav u mjeri koja je neophodna da bi se u otvorenom i slobodnom demokratskom društvu zadovoljila svrha zbog koje je ograničenje dozvoljeno i da se ograničenja ne smiju uvoditi u druge svrhe osim onih radi kojih su propisana (član 24).”<sup>82</sup>

Generalno, princip proporcionalnosti zahtijeva da preduzeta mjera mora biti srazmjerna (proporcionalna) sa njenim ciljem. Princip proporcionalnosti je u savremenim pravnim sistemima inspirisan idejama koje čine temelj liberalne

78 Ergec, R., *Taxation and Property Rights under the European Convention on Human Rights*, INTERTAX, Volume 39, Issue 1, 2011, Kluwer Law International, str. 5.

79 Slučaj *S.A. Dangeville v. France*, Application no. 36677/97, 16. April 2002, pasus 56.

80 *Op. cit.*, u bilj. 5.

81 Član 5 stav 3 Zakona o opštem upravnom postupku, “Sl. list RCG”, br. 60/03, “Sl. list Crne Gore”, br. 32/11.

82 *Op. cit.*, u bilj. 5.

demokratije, a posebno, brige o zaštiti pojedinca *vis-à-vis* države i premise da zakonska intervencija mora biti prikladna postizanju njenih ciljeva.<sup>83</sup> Dobar primjer definicije ovog principa se može naći u praksi SPEU: “Treba podsjetiti da princip proporcionalnosti, kao jedan od opštih principa prava EU, zahtijeva da mjera ... ne prevazilazi granice onoga što je prikladno i neophodno da bi se došlo do ciljeva koji se legitimno žele postići predmetnim zakonodavstvom; kada postoji mogućnost izbora između više prikladnih mjera, izbor mora pasti na onu najmanje nametljivu, i negativne posljedice koje nastaju na osnovu nje ne smiju biti disproportionalne sa ciljem koji se želi postići...”<sup>84</sup>. Dakle, za ono što se može postići blažim sredstvima ne može se za stranku u postupku upotrebljavati teže odnosno restriktivnije sredstvo.<sup>85</sup>

Na polju oporezivanja, ovaj princip znači da porezi ne smiju biti pretjerano visoki. Čak i kada se predmetni princip primjenjuje na oporezivanje, on ne sprečava izvršne vlasti država od ustanovljavanja progresivnih poreskih stopa. Kao što je već rečeno, u nekim slučajevima progresivnost poreskih stopa je utemeljena i u ustavima. Princip proporcionalnosti je načelno tumačen na način da ustanovljava samo marginalna (minimalna) ograničenja poreskih ovlašćenja izvršnih vlasti u smislu da sprečava nametanje konfiskatornih poreza.<sup>86</sup>

Već odavno ustanovljeno opšte pravilo sudske prakse Ustavnog suda Njemačke je da pravo na imovinu neće biti povrijeđeno ustanovljavanjem poreskih tereta, osim ukoliko oni nemaju konfiskatorna dejstva te na taj način guše odogovarajuće poslovne aktivnosti ili druge aktivnosti koje stvaraju prihode. Međutim, prije petnaest godina Ustavni sud Njemačke donosi revolucionarnu odluku po kojoj će porez na imovinu smatrati konfiskatornim ukoliko ga nije moguće platiti iz sredstava koja bi bila razumno očekivana kao uobičajen rezultat korišćenja te imovine. Štaviše, pa čak i važnije od toga, Ustavni sud Njemačke je odlučio da kombinovani porez na imovinu – koji treba biti shvaćen kao porez na pretpostavljeni dohodak – i poreski teret poreza na prihode, uključujući teret eventualnog poreza na njen prenos, ne smije prevazilaziti polovinu prihoda poreskog obveznika (*Halbteilungsgrundsatz*).<sup>87</sup> U skorijoj sudskoj praksi (2006. godina), ova sudska instances zaključuje da nije povrijeđeno pravo na mirno uživanje imovine i ako je zbirni poreski teret dostigao 57,58% ukupnog dohotka.<sup>88</sup> Interesantna je i praksa Ustavnog suda Hrvatske, koja se

83 Swarze, J., *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1992, str. 679.

84 Slučaj 157/96 *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R. S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wýjac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd and Vian Exports Ltd*, pasus 60.

85 Ivanović, S., *Komentar zakona o opštem upravnom postupku – sa sudskom praksom*, Specijal Podgorica, 2005, str. 13.

86 Vanistendael, F., *Legal Framework for Taxation – Volume 1*, in *Tax Law Design and Drafting*, ed. Victor Thuronyi, International Monetary Fund, 1996, str. 23.

87 Englisch, J., *The Impact...*, *op. cit.*, u bilj. 63, str. 299.

88 Popović, D., *op. cit.*, u bilj. 30, str. 63.

odnosi na nivo dohotka koji ne smije biti zahvaćen oporezivanjem. Kao i u slučaju spornog crnogorskog fiskalnog oblika, slični razlozi (svjetska finansijska kriza) i slični principi (vremenski oročena primjena) su naveli hrvatskog zakonodavca da uvede ovaj tzv. krizni porez<sup>89</sup> koji nije smatran neustavnim jer nije zahvatao iznos minimalne zarade: "...nije prekomjerman ni za jednu skupinu adresata ZoPPPM-a, pa ni za one adresate primanja koji ulaze u granično područje na prijelazu platnih razreda, jer i njima, nakon plaćanja posebnog poreza, ostaju primanja u iznosu od 2.940,80 kuna, dakle primanja iznad 2.814,00 kuna koliko iznosi visina zakonom zajamčene minimalne plaće."<sup>90</sup>

Analizom sudske prakse ESLJP dolazi se do zaključka da ni on ne pruža mnogo veću zaštitu poreskim obveznicima od prekomjernog oporezivanja, korišćenjem principa proporcionalnosti, od one koju pružaju nacionalni ustavni sudovi. Godine 1952. donesen je Prvi protokol uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava (u daljem tekstu: Protokol). Član 1 (zaštita imovine) ovog Protokola postaje pravni osnov za analizu slučajeva koji se tiču oporezivanja i mogućih povreda prava na mirno uživanje imovine. Svako oporezivanje predstavlja *prima facie* ometanje prava na uživanje imovine, jednostavnije, ukoliko ne bi bilo oporezivanja, određeno lice bi imalo mogućnost da uživa u većoj imovini.<sup>91</sup> Međutim, pisci člana 1 nisu imali namjeru da liše države njihovih preskih prava: "... prethodne odredbe neće, međutim, ni na koji način ugroziti pravo države da sprovodi zakone na način koji one smatraju neophodnim da bi kontrolisala imovinu u skladu sa opštim interesom, ili da bi osigurala plaćanje poreza, ili drugih doprinosa ili kazni."<sup>92</sup>

Međutim, primjena poreskih ovlašćenja od strane države moraju imati određena ograničenja, a njihova kontrola je u nadležnosti ESLJP: "... Dok je ometanje načelno opravdano na osnovu 2 člana 1, koji izričito predviđa izuzetak u pogledu plaćanja poreza ili drugih dažbina, ovo pitanje je bez obzira na to u nadležnosti Suda, pošto je valjana primjena člana 1 Protokola br. 1 predmet njegovog nadzora..."<sup>93</sup> Ove stavove slijedi u svojoj praksi i Ustavni sud: „Naime, pravo svojine Ustavni sud štiti na način da organima državne vlasti zabranjuje ograničenje ili oduzimanje tog prava, osim ako je ograničavanje ili oduzimanje zasnovano na zakonu. Ustav, dakle, jemči postojanje, ostvarivanje i zaštitu svojine, a u širem smislu ta zaštita se sadržajno odnosi na sva imovinska prava. Poreska obaveza, kao javni prihod, po ocjeni Ustavnog suda, zadire u svojinu poreskog obveznika i predstavlja određeno ograničenje njegovih imovinskih prava. Konkretno ograničenje svojinskog prava, po ocjeni Ustavnog suda, u okviru je ustavnog ovlašćenja zakonodavca da uređuje

89 Bačić, P., *On the Rule of Law in Croatia and the Role of the Constitutional Court*, Summer Academy "Rule of Law, Human Rights and European Union", Centre for SEELS, 2012, str. 94.

90 Ustavni sud Hrvatske (19. maj 2010) U-IP-114846/2009.

91 Baker, P., *Taxation and the European Convention on Human Rights*, European Taxation, August 2000, str. 301-302.

92 Član 1 stav 2 Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Paris, 20.III.1952.

93 Slučaj *Burden v. The United Kingdom*, Application no. 13378/05, 29. April 2008, pasus 59.

poreski sistem u svim njegovim elementima, jer je propisano Zakonom u javnom interesu i nije nesaglasno sa odredbom člana 58 stav 2 Ustava, budući da je utvrđeno u mjeri koja je neophodna da bi se zadovoljila svrha zbog koje je ograničenje dozvoljeno (član 24 Ustava).<sup>94</sup>

Dakle, u skladu sa praksom ESLJP, ometanje vlasništva ne smije biti nesrazmjerno. Pravedna ravnoteža između potreba opšteg interesa zajednice i zahtjeva zaštite osnovnih sloboda pojedinca mora biti ispoštovana.<sup>95</sup> U isto vrijeme, osobenost prakse ESLJP je da u primjeni testa proporcionalnosti ograničen doktrinom polja slobodne procjene (*margin of appreciation doctrine*). Ovaj koncept, češće opisivani kao doktrina nego kao princip, odnosi se na prostor za manevar koji su sudske institucije u Strazburu spremne da priznaju nacionalnim vlastima prilikom ispunjavanja njihovih obaveza na osnovu Konvencije.<sup>96</sup> Interesantno je primijetiti da ovu doktrinu ESLJP u svojoj praksi usvaja i Ustavni sud: „Evropski sud smatra, da objektivno i razumno opravdanje postoji ako postoji legitiman cilj i proporcionalan odnos između cilja koji se želio postići i sredstava koja su upotrijebljena. Utvrđivanje postojanja legitimnog cilja i proporcionalnosti daje određen nivo diskrecije odnosno „slobodne procjene“ (*eng. “Margin of Appreciation”*) državama članicama da uređuju određene oblasti samostalno. Pojam „slobodne procjene“ je termin koji se koristi u međunarodnom javnom pravu i odnosi se na pravo država da procijene činjenično stanje i prema njemu utvrde način na koji će primijeniti međunarodno pravo ljudskih prava.”<sup>97</sup>

Problem leži u činjenici da kada je riječ o oblasti socijalne i ekonomske politike prag zaštite je veoma nizak: “Sud podsjeća da države imaju široko polje slobodne procjene u određivanju šta se podrazumijeva pod opštim interesom jer nacionalni zakonodavac ima široka ovlašćenja u sprovođenju socijalnih i ekonomskih politika.”<sup>98</sup> Ovakav stav ESLJP je posebno izražen u oblasti oporezivanja, što je evidentno iz slučaja *Bulves AD v Bulgaria*, koji se ticao prava na odbitak ulaznog PDV-a<sup>99</sup>: “Međutim, u utvrđivanju da li je ovaj zahtjev postignut, poznato je da države ugovornice, ne samo kada oblikuju i sprovode politike u oblasti oporezivanja, uživaju široko polje diskrecione procjene, i Sud će poštovati procjenu zakonodavca u ovim stvarima osim ukoliko je lišena razumnog osnova...”<sup>100</sup>

Štaviše, u kontekstu principa polja slobodne procjene interesantno je ukazati na praksu Ustavnog suda Hrvatske u slučaju odlučivanja o ustavnosti tzv. „kriznog

94 *Op. cit.*, u bilj. 20.

95 Variychuk, E., *Case Law of the European Court of Human Rights on VAT Refund and its Importance for the Russian Judicial System*, in *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, eds. Kofler, G.; Maduro, M. P.; Pistone, P., International Bureau of Fiscal Documentation, 2011, str. 277.

96 Greer, S., *The Interpretation of the European Convention on Human Rights – Universal Principle or Margin of Appreciation*, UCL Human Rights Review [VOL 3], str. 2.

97 Ustavni sud Crne Gore (12. jul 2012) U-I br. 29/11 i 4/12.

98 Slučaj *Intersplav v. Ukraine*, Application no. 803/02, 9. januar 2007, pasus 38.

99 Tzenova, L., *Protection of VAT Revenue May Infringe Human Rights*, International VAT Monitor, September/October 2010, International Bureau of Fiscal Documentation, str. 347.

100 Slučaj „*Bulves*“ *AD v Bulgaria*, Application no. 3991/03, 22. januar 2009, pasus 63.

poreza“. Ova sudska instanca zauzela je stav, da u periodu finansijske krize postoji tzv. „kvalifikovani javni interes“, pa zakonodavac ima još veća diskreciona ovlašćenja i mogućnost odstupanja od načela jednakosti u oporezivanju: „Ustavni sud ocjenjuje da posebno značenje koje ZoPPPM ima za stabilnost javnih rashoda Republike Hrvatske trenutno ima prednost pred zahtjevima za ostvarenjem apsolutne jednakosti i pravednosti u ubiranju posebnog poreza. Privremeno ubiranje posebnog poreza zasnovano je na kvalificiranom javnom interesu, pa pojedine razlike koje ZoPPPM stvara među svojim adresatima, iako podložne kritici, ne dostižu stupanj zbog kojeg bi se taj zakon u ovom trenutku mogao proglasiti nesuglasnim s Ustavom.“<sup>101</sup>

Ovo stanovište nalazi utemeljenje i u praksi ESLJP. U slučaju *Wasa* ESLJP je opravdanje uvođenja sporne poreske obaveze od strane švedskih vlasti našao u tzv. “jedinstvenoj finansijskoj situaciji”: “Komisija takođe podsjeća da su glavni razlozi za uvođenje jednokratnog poreza bili vezani za kontinuiranu nisku inflaciju... u kombinaciji sa neophodnošću daljeg ograničenja nacionalnog budžetskog deficita. Nesporno je da je u okviru suverenih ovlašćenja države da uvodi zakonodavstvo ove prirode i Komisija smatra da je očigledno riječ o mjeri... za koju država smatra da je od opšteg interesa.”<sup>102</sup>

Iako je ESLJP u principu vezan konceptom margine slobodne procjene, on može bez obzira na to koristiti princip proporcionalnosti kao sredstvo tumačenja u cilju ograničenja moći države i pružiti poslednji minimum standarda ljudskih prava.<sup>103</sup> Dakle, u nekim situacijama ESLJP ipak pruža zaštitu, pošto i pored značajnih diskrecionih prava na strani države kada je riječ o materiji oporezivanja, mora postojati “pravičan balans između opšteg i pojedinačnog interesa”. Dobar primjer predstavlja slučaj *Eko-Elda AVEE v. Greece* kada su nacionalne poreske vlasti uskratile pravo na kamatu kod neopravdano dugog kašnjenja u povraćaju poreza: “... Sud smatra da odbijanje vlasti da plate zateznu kamatu za ovako dug period narušava pravičnu ravnotežu koja treba da se postigne između opšteg i pojedinačnog interesa.”<sup>104</sup>

Slično, ESLJP pruža zaštitu poreskim obveznicima u slučaju da oporezivanje predstavlja pretjeran teret (*excessive burden*): “U ovim okolnostima, dakle, Sud smatra da je ometanje žaliočevog vlasništva disproporcionalno. U stvari, konstantna kašnjenja u refundaciji PDV-a i naknadi, zajedno sa nedostatkom efikasnih pravnih lijekova za sprečavanje ili okončanje ovakve administrativne prakse, kao i stanje neizvjesnosti u pogledu vremena povraćaja njegovih sredstava, narušavaju “pravičnu ravnotežu” između zahtjeva opšteg interesa i zaštite prava na mirno uživanje imovine. Po mišljenje Suda, žalilac je pretrpio i nastavlja da snosi pojedinačni i pretjerani teret... Na osnovu toga je postojala a i dalje postoji povreda člana 1 Protokola br. 1.”<sup>105</sup>

101 *Op cit.*, u bilj., 91.

102 Slučaj *Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse and a group of approximately 15,000 individuals v. Sweden*, Application no. 13013/87, 14 December 1988.

103 Variychuk, E., *op. cit.*, u bilj., 96, str. 277.

104 Slučaj *Eko-Elda AVEE v. Greece*, 9. mart 2003, pasus 31.

105 *Op. cit.*, u bilj., 99, pasus 40.

Interesantno je primijetiti da se sudska praksa ESLJP na ovom polju u proteklih desetak godina, sve češće citira i primjenjuje u praksi nacionalnih sudova ne samo u državama koje su bile stranka u sporu (npr. Rusija<sup>106</sup>). Stoga je više nego očigledno nedovoljno razumijevanje Ustavnog suda po pitanju primjene principa proporcionalnosti u poreskoj materiji, te praktično njegovo poistovjećivanje sa principom *ability-to-pay*: “Ustav Crne Gore, međutim, neposredno ne određuje ekonomsku snagu obveznika poreza, dažbina i drugih naknada, kao kriterijum za utvrđivanje srazmjernosti fiskalnih obaveza, iz čega, prema nalaženju Ustavnog suda, proizilazi da je rješavanje tog pitanja u isključivoj nadležnosti zakonodavca...”<sup>107</sup>

Iz ove tvrdnje Ustavni sud izvlači već pominjani zaključak, da nije u njegovom domenu da ocjenjuje visinu osporene dažbine, kao ni u kojem je obimu poreski obveznik tom visinom pogođen. Ukoliko je Ustavni sud izbjegao ocjenu uticaja fiskalnog tereta dažbine na poreskog obveznika u kontekstu principa *ability-to-pay*, nedopustivo je donošenje istog zaključka u slučaju principa proporcionalnosti. Preciznije, u ustavnim sistemima koji ne sadrže *ad literam* princip *ability-to-pay*, nacionalni ustavni sudovi posjeduju diskreciono pravo da cijene njegovu eventualnu primjenu, dok kada je riječ o primjeni principa proporcionalnosti nemaju predmetna diskreciona ovlaštenja već je njegova primjena imperativna.

Ova tvrdnja je podržana činjenicom da nacionalni sudovi nemaju samo mogućnost već takođe i obavezu da poštuju i primjenjuju Konvenciju u postupcima koji su im povjereni na osnovu Ustava i crnogorskih propisa.<sup>108</sup> Pod supervizijom ESLJP analiza proporcionalnosti je sada u procesu difuzije u svim nacionalnom pravnim sistemima Evrope, gdje se po pravilu apsorbuje u obliku ustavnog principa. Na teritoriji koju danas pokriva Konvencija, u slučaju da nacionalni sudovi ne primjenjuju analizu proporcionalnosti u predmetima u kojim odlučuju o kvalifikovanim pravima ili nediskriminaciji, isto se smatra kršenjem prava iz Konvencije – prava na djelotvoran sudski lijek.<sup>109</sup>

Ovakvi stavovi se temelje na činjenici da nacionalni sudovi moraju poštovati opšte pravno načelo vezano za tumačenje međunarodnih sporazuma – *favour conventions*. Predmetni princip podrazumijeva da cjelokupno domaće zakonodavstvo mora biti tumačeno u kontekstu i duhu međunarodnih sporazuma koji čine nerazdvojni dio nacionalnog pravnog sistema države. U Njemačkoj je ovaj koncept poznat kao *Völkerrechtfreundliche Auslegung* te kako je pojasnio Ustavni sud Njemačke pri interpretaciji Konvencije, “svi zakoni, postojeći i budući, moraju

106 Zakharov, A. S.; *First Positive Citing of ECHR Case Law In a Russian Tax Dispute*, Tax Notes International, 4. Jun 2007, str. 1037

107 *Op. cit.*, u bilj. 5.

108 U tom smislu vidi – *Studija o usaglašenosti zakonodavstva Crne Gore sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama*, Savjet Evrope – Kancelarija u Podgorici, 2004, str. 19.

109 Stone, A. S.; Mathews, J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, Columbia Journal of Transnational Law, vol. 47, 2008, str. 151.



se tumačiti u svjetlu Konvencije” (BVerfGE 74, 358 /370/; Frowein, 1987).<sup>110</sup> Jedino ograničenje ovog pristupa je da tumačenje mora biti u skladu sa ustavom. Ovi stavovi su primijetni u sudskoj praksi Ustavnog suda Mađarske koji smatra da se “princip *favor conventionis* primjenjuje do stepena kada je prekršen ustav kao rezultat tumačenja usklađenosti mađarskog zakona sa međunarodnim ugovorom”.<sup>111</sup>

Dakle, predmetna tvrdnja Ustavnog suda je u potpunoj kontradiktornosti sa sudskom praksom ESLJP koji koristi ovaj princip prilikom ocjene postojanja diskriminacije (povrede načela jednakosti), a na koju se u odluci i sam poziva. Preciznije, ukoliko bi tvrdnja Ustavnog suda, da nije nadležan da utvrđuje uticaj tereta određenog fiskalnog oblika na poreskog obveznika bila tačna, postavlja se pitanje čemu onda uopšte princip proporcionalnosti u oporezivanju. Sa druge strane, da paradoks bude veći, da je Ustavni sud odlučio da uđe u ocjenu primjene ovog principa u slučaju spornih poreza zaključak bi bio nedvosmislen: poreski teret od 1 eura mjesečno, ni u kom slučaju se ne može smatrati narušavanjem mirnog uživanja imovine poreskog obveznika, a kamoli da ima konfiskatorne efekte, te je stoga sporna dažbina u skladu sa principom proporcionalnosti u oporezivanju.

Uostalom, praksa Ustavnog suda pokazuje primjere kada je on ušao u suštinsku ocjenu proporcionalnosti između zakonske mjere i njene opšte društvene koristi u kontekstu načela socijalne pravde. Riječ je o slučaju u kojem je Ustavni sud cijenio ustavnost Zakona o zaradama i drugim primanjima državnih i javnih funkcionera<sup>112</sup>, a ticao se pitanja: “... da li je osporenim zakonskim odredbama, koje priznaju pravo na privilegovane penzije svim bivšim i sadašnjim vršiocima državnih političkih funkcija, počev od 27. decembra 1990. godine, postignuta pravična ravnoteža između interesa društvene zajednice i individualnih prava adresata zakona, tj. vršioca državnih funkcija, odnosno srazmjernosti osporene zakonske mjere.”<sup>113</sup>

Ustavni sud je donio zaključak da privilegovana penzija državnih funkcionera, zbog prirode njihovih ustavnih dužnosti i odgovornosti, može predstavljati pravni izraz tih posebnosti, ali ona uvijek mora biti u srazmjeri sa opštim socijalnim i ekonomskim prilikama: „Ako je prosječna visina penzije objektivni izraz opštih socijalnih i ekonomskih prilika u zemlji, onda visina privilegovane penzije državnih funkcionera ne smije nesrazmjerno odstupati od prosječne penzije. Privilegovane penzije propisane odredbama čl. 12 – 19 Zakona su izrazito nesrazmjerne prosječnim penzijama u zemlji, pa su, stoga, nesaglasne sa članom 1 Ustava, koji

110 Rodin, S., *Pridruživanje Hrvatske Europskoj uniji: Preobrazba Pravnog Sustava*, u *Pridruživanje Hrvatske Europskoj uniji: Izazovi Sudjelovanja*, ed. Katarina Ott, Institut za javne financije i Zaklada Friedrich Ebert, 2006, str. 228.

111 Volkai, J., *The Application of the Europe Agreement and European Law in Hungary: The Judgment of an Activist Constitutional Court on Activist Notions*, Harvard Jean Monnet Working Paper 8/99, str. 25, available at: <<https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000036001-000037000/000036607.pdf>>, 18.10.2013.

112 Zakon o zaradama i drugim primanjima državnih i javnih funkcionera, Službeni list Crne Gore, br. 33/8.

113 Ustavni sud Crne Gore (24. decembar 2009) U. br. 86/08, 43/09, 103/09 i 108/09.

Crnu Goru definiše kao građansku državu zasnovanu na principima demokratije, vladavine prava i socijalne pravde.<sup>114</sup>

Dakle, Ustavni sud je u ovom slučaju postupio identično kao i Ustavni sud Hrvatske prilikom ocjene ustavnosti tzv. kriznog poreza, te kao indikator ekonomske snage uzeo prosječnu penziju i prema istoj cijenio iznos privilegovane penzije državnih funkcionera. Koristeći istu logiku, Ustavni sud Hrvatske je kao indikator ekonomske snage uzeo prosječnu zaradu te prema njoj cijenio uticaj i visinu poreskog tereta na poreskog obveznika. Ovakav pristup Ustavnog suda je bio moguć i u slučaju Zakona o taksama, u kojem je trebalo cijeliti uticaj visine poreskog tereta na poreskog obveznika.

Načelno, kada je riječ o principu proporcionalnosti i principu *ability-to-pay*, treba naglasiti da je zaključak Ustavnog suda da nije u njegovoj nadležnosti da ocjenjuje uticaj poreskog tereta na poreskog obveznika potpuno pogrešan. Sa druge strane, stav da nije zadatak ove, niti bilo koje druge sudske instance, da utvrđuje adekvatnost visina neke zakonske stope treba smatrati ispravnim. Ovo pitanje je u isključivoj nadležnosti zakonodavca, te samo on može odlučiti da li neka zakonska stopa treba da bude npr. 17% ili 19%. Međutim, visina zakonske poreske stope i poreski teret<sup>115</sup> koji trpi poreski obveznik nakon njene primjene su dvije različite stvari. Preciznije, poreska stopa postaje predmet preispitivanja ustavnosti najčešće u slučajevima kada nakon njene primjene poreski teret nije u srazmjeri sa sposobnošću plaćanja poreskog obveznika.<sup>116</sup> Upravo zato principi proporcionalnosti i *ability-to-pay* postoje u uporednoj ustavno sudskoj praksi.

### 3.2.4. Princip jednakog tretmana

Umjesto što je insistirao na analizi načela opštosti, kao formalnog aspekta principa jednakosti u oporezivanju, ono što Ustavni sud nije uradio, je razmatranje spornih dažbina sa aspekta njegove suštinske dimenzije "jednakog tretmana". Riječ je o opštem konceptu koji se ne primjenjuje isključivo na poreze i koji je imanentan svim drugim oblastima prava. Ovaj princip se formalno javlja u sličnom obliku kako u praksi najviših nacionalnih sudskih instanci, tako i nadnacionalnih sudova. Ustavni sud u predmetnoj presudi definiše ovaj princip kao: "Ustavom zajamčena jednakost svih pred zakonom, dakle, podrazumijeva jednakost prava i obaveza u

114 *Ibid.*

115 Slučaj vezan za oporezivanje kamate predstavlja dobar primjer kada je Ustavni sud Njemačke, između ostalog, razmatrao pitanje faktičkog poreskog tereta. U ovom slučaju je on naglasio da poreski teret svih poreskih obveznika mora biti isti kako na osnovu zakona tako i po pitanju faktičkog tereta. Vidi više u - Kommers, D. P.; Miller, R. A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany - Third edition*, Duke University Press, 2012, str. 246.

116 U tom smislu vidi - Deák, D., *Pioneering Decision of the Constitutional Court of Hungary to Invoke the Protection of Human Dignity in Tax Matters*, INTERTAX, Volume 39, Issue 11, 2011, Kluwer Law International, str. 541.

istovjetnom pravnom položaju...”.<sup>117</sup> Treba primijetiti da formulacija “istovjetan pravni položaj” podsjeća na koncept “identične pravne situacije” prilikom primjene načela jednakosti u praksi Ustavnog suda Srbije: “... svi privredni i drugi pravni subjekti, koji se nađu u svojstvu učesnika u sudskom postupku, u identičnoj pravnoj situaciji, pod jednakim uslovima imaju obavezu da izmire propisanu visinu sudske takse.”<sup>118</sup> Slične stavove moguće je naći i u praksi nekih drugih nacionalnih sudova. Npr. argentinsko pravosuđe konzistentno tvrdi da princip jednakosti podrazumijeva jednakost između onih koji se nalaze u „istoj situaciji“. Dakle, bilo koja dva lica koja su u istom pravnom ili činjeničnom položaju, a naročito ona koja imaju istu poresku sposobnost, treba da budu podvrgnuti identičnom oporezivanju.<sup>119</sup>

Najbolji primjer definicije jednakog tretmana u praksi Ustavnog suda možemo naći u neporeskom slučaju ustavnosti Opšteg zakona o obrazovanju i vaspitanju<sup>120</sup>: “Princip nediskriminacije (jednakost) ne odnosi se samo na jednaki tretman jednakih slučajeva nego i na supstantivnu jednakost-nejednak tretman nejednakih slučajeva u proporciji sa njihovom nejednakošću. Drugim riječima, jednako treba tretirati jednake građane, a različite, u ime jednakosti, različito.”<sup>121</sup> Slično, Ustavni sud Italije u svojoj dugogodišnjoj praksi ocjene ustavnosti poreskih zakona sa aspekta usklađenosti sa ustavom, tumači načelo jednakosti u smislu zahtjeva: „... ne samo da se na identične situacije primjenjuju jednaka pravila, već i da, se na različite situacije primjenjuje različit poreski tretman.”<sup>122</sup> Dobar primjer ove definicije može poslužiti i predmetu *Schumacker* pred SPEU: „Ustaljena sudska praksa je, da diskriminacija nastaje primjenom različitih normi na uporedive situacije kao i primjenom istih normi na različite situacije“.<sup>123</sup>

Broj situacija u kojima su ustavni sudovi ukidali zakonske odredbe koje vrše kršenje principa jednakog tretmana u oporezivanju je teško nabrojati. Ono što je posljednjih godina posebno interesantno za ustavne sudove jeste oblast jednakosti polova u oblasti oporezivanja. Ustavni sud Njemačke je 2010. godine bavio nejednakim tretmanom bračne zajednice i zajednica života istopolnih partnera (*registered civil partnership*) na osnovu Zakona o porezu na poklon i nasleđe (*Erbschaftsteuer - und Schenkungsteuergesetz - ErbStG*) te je neke njegove odredbe oglasio u suprotnosti sa članom 3.1. Osnovnog zakona (Ustav Njemačke): “...u mjeri u kojoj ne pruža izuzeće vezano za odlazak u peziju za registrovane zajednice života istopolnih partnera...”.<sup>124</sup>

Na polju poreza na potrošnju, što je najinteresantnije u vezi sa pravnom prirodom spornih poreza na usluge od opšteg interesa, Ustavni sud Njemačke

117 *Op. cit.*, u bilj. 5.

118 Ustavni sud Srbije (27.11.2003) IU-275/2002.

119 Tarsitano, A., *op. cit.*, u bilj. 26, str. 412.

120 Opšti zakon o obrazovanju i vaspitanju, Službeni list Republike Crne Gore, br. 64/02, 31/05 i 49/07 i Službeni list Crne Gore, br. 45/10.

121 *Op. cit.*, u bilj. 28.

122 *Op. cit.*, u bilj. 48., str. 292.

123 Slučaj 107/94 *P. H. Asscher v Staatssecretaries van Financiën*, pasus 40.

124 Ustavni sud Njemačke (21 July 2010) BvR 611/07 i BvR 2464/07.

smatra da je princip jednakog tretmana prekršen kada su medicinska udruženja koja pružaju laboratorijske usluge bila oslobođena poreza na potrošnju, dok to nije bio slučaj sa nezavisnim laboratorijama, pošto ova poreska pogodnost narušava princip slobodne konkurencije. Slično, Ustavni sud Njemačke je ustanovio da princip jednakog tretmana zabranjuje ustanovljavanje više stope poreza na promet za pružanje medicinskih usluga u obliku društava u odnosu na individualne pružaoce usluga. Ovi slučajevi su se ticali pitanja konkurencije između pojedinaca i društava koji se bavi istim ekonomskim aktivnostima više nego uticajem poreza na korisnika koji snosi njegov poreski teret.<sup>125</sup>

U crnogorskoj ustavnosudskoj praksi, je teško naći poreski slučaj kada se primjenjuje princip jednakog tretmana. Vrijedan pomena je predmet u kojem je Ustavni sud cijenio ustavnost odredaba Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica<sup>126</sup> koje se odnose na paušalno oporezivanje prihoda od samostalne djelatnosti. Ustavni sud je u ovom slučaju ostao vjeran svom principu "jednakosti u istoj pravnoj situaciji" i odlučio da se utvrđivanjem paušalnog oporezivanja prihoda od samostalne djelatnosti, tako što je obvezniku tog poreza data mogućnost da se na njegov zahtjev prizna plaćanje poreza u godišnjem paušalnom iznosu, ne narušava ustavni princip jednakosti svih pred zakonom: "Ovakvim propisivanjem ne povređuje se ustavno načelo jednakosti građana pred zakonom, jer se odnosi na sve građane koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji. Pri tome, Ustavni sud, saglasno odredbama člana 149 Ustava, nije nadležan da ocjenjuje cjelishodnost osporenog zakonskog rješenja, već je takva ocjena u domenu zakonodavne politike, kao ni da ocjenjuje da li nadležni poreski organ u postupku utvrđivanja poreske obaveze pravilno primjenjuje osporenu odredbu zakona."<sup>127</sup>

Sa druge strane, u oblasti obaveznog socijalnog osiguranja, Ustavni sud je proglasio neustavnim odredbe Zakona o opštem penzijskom i invalidskom osiguranju<sup>128</sup>, upravo pozivajući se na ovo načelo: "... prema osporenoj odredbi djelimični gubitak radne sposobnosti cijeni se samo kod osiguranika zaposlenog, ali ne i kod osiguranika samostalnih djelatnosti i poljoprivrednika. Stoga, osiguranici samostalnih djelatnosti i poljoprivrednici ne stiču pravo na djelimičnu invalidsku penziju. Po ocjeni Ustavnog suda, osporenim normiranjem osiguranici samostalnih djelatnosti i osiguranici poljoprivrednici stavljeni su u neravnopravan položaj u odnosu na osiguranike zaposlene, koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji."<sup>129</sup>

125 Ordower, H., *op. cit.*, u bilj. 57, str. 54.

126 Zakon o porezu na dohodak fizičkih lica, Službeni list Republike Crne Gore, br. 65/01, 37/04, 78/06 i Službeni list Crne Gore, br. 86/09.

127 *Op. cit.*, u bilj. 21.

128 Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, Službeni list Republike Crne Gore, br. 54/, 39/04, 79/04 i 81/04.

129 Ustavni sud Crne Gore (31. januar 2007) U. br. 18/06, 23/06, 26/06 i 31/06.

#### 4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Načelno, slučaj preispitivanja ustavnosti Zakona o taksama ponavlja i potvrđuje odbojnost i određenu vrstu straha Ustavnog suda od uplitanja u ocjenu ustavnosti poreskih oblika. Na ovaj način Ustavni sud, slučajno ili namjerno, stvara od ovog dijela pravnog sistema Crne Gore neku vrstu rezervata u kojem vladaju zasebna pravila koja se nalaze van njegove nadležnosti. Sporni stavovi Ustavnog suda na određeni način ruše cijeli ustavni sistem Crne Gore, te se moraju smatrati apologetskim i neprihvatljivim. Preciznije, Ustavni sud ovakvim postupanjem stavlja Parlament (zakonodavca) van ustavnih koordinata crnogorskog pravnog sistema kada je riječ o predmetnoj materiji, dodjeljujući mu neograničenu moć, te mogućnost da djeluje bez straha od bilo kakve ustavnosudske kontrole. Da li je ova odbojnost rezultat nedovoljnog poznavanja ove delikatne pravne oblasti, te straha od donošenja pogrešnih odluka, ili je riječ o svjesnom uzmicanju pred zahtjevom crnogorskog zakonodavca (Parlamenta) za neograničenim ingerencijama kada su u pitanju porezi, ostaje samo da se nagađa.

O količini nerazumijevanja, kao i strahu od uplitanja u poresku materiju, najbolje govori skorašnji stav Ustavnog suda, koji, da bi opravdao ovakvo svoje postupanje, uspijeva da na neshvatljiv način dovede u vezu princip sposobnosti plaćanja sa granicom ovlašćenja zakonodavca u propisivanju pojedinih elemenata zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja, kao što su predmet oporezivanja ili vrsta poreza: “S obzirom na to da Ustav neposredno ne određuje ekonomsku snagu obveznika, kao kriterijum za utvrđivanje srazmjernosti fiskalnih obaveza te, prema ocjeni Ustavnog suda, ne postoji ograničenje za zakonodavca, da odredi predmet oporezivanja, u okviru odgovarajuće vrste poreza, kao i da propiše olakšice i oslobođenja za pojedine predmete oporezivanja.”<sup>130</sup>

Dakle, dovođenje u vezu nespojivog – pojmova predmeta oporezivanja i vrste poreza sa pojmom sposobnosti plaćanja – predstavlja samo još jedan u “nisci bisera” kada je riječ o sudskoj praksi Ustavnog suda u materiji oporezivanja. Nažalost, očigledno je da ćemo morati sačekati još neko vrijeme dok ova sudska instanca shvati svoju pravu ulogu u ovoj oblasti pravnog sistema. Kao input u tom pravcu navodimo stavove Vrhovnog suda Argentine koji je još daleke 1945. godine u slučaju *Banco de la Provincia de Buenos Aires v. Nación Argentina* na najbolji način objasnio prirodu poreza kao i delikatnu ulogu najviših nacionalnih sudskih instanci u materiji oporezivanja: “Ovlašćenje (moć) na ustanovljavanje poreza je suštinsko i nužno za postojanje izvršne vlasti, ali kada je ovo ovlašćenje neograničeno, kako u pogledu izbora oporezive činjenice ili iznosa poreza, ono neminovno podrazumijeva mogućnost uništenja koje je u njemu sadržano, jer postoji granica iznad koje nijedna stvar, pojedinac ili pravno lice neće tolerisati teret određenog poreza.”<sup>131</sup>

Sa druge strane, kada je konkretno riječ o primjeni ustavnog načela jednakosti građana pred zakonom u okviru preispitivanja ustavnosti Zakona o taksama

130 *Op. cit.*, u bilj. 26.

131 Tarsitano, A., *op. cit.*, u bilj. 26, str. 411.

(porezima) od opšteg interesa, Ustavni sud takođe pokazuje nedovoljno poznavanje ovog delikatnog koncepta. Bazični problem njegove analize čini pogrešna ocjena pravne prirode spornih fiskalnih oblika. Činjenica da je riječ o porezima a ne taksama čini veći dio rezonovanja Ustavnog suda bespotrebним. Preciznije, nije moguća primjena načela opštosti poreza i principa *ability-to-pay* kada je riječ o taksama. Naime, priroda taksi, kao jednog od fiskalnih (dažbinskih) javnih prihoda, ne podržava koncept opštosti, jer je inicirana, za razliku od situacije kod poreza, procjenom samog zainteresovanog lica. Slično, kada su takse u pitanju, prilikom odmjeravanja njihovog tereta služi tzv. princip koristi koji uzima u obzir troškove pružanja usluge taksenog organa. Ukoliko je prevelika razlika između iznosa troškova usluge i cijene koju za istu plaća korisnik onda se može reći da je povrijeđeno načelo koristi prilikom procjene visine takse. Potpuno suprotno, kod poreza princip *ability-to-pay* podrazumijeva poređenje visine poreskog tereta sa obveznikovom manifestacijom ekonomske snage u vidu dohotka, imovine ili potrošnje.

Međutim, i pored činjenice da je Ustavni sud u predmetnom slučaju sproveo nepotrebnu analizu nekih dimenzija ustavnog načela jednakosti građana pred zakonom u oblasti oporezivanja, određeni stavovi zavređuju značajnu pažnju u teorijskom smislu. Prije svega riječ je o nerazumijevanju načela proporcionalnosti (srazmjernosti), kao i načela *ability-to-pay*. Odbijanje njihove primjene u crnogorskim poreskom sistemu uopšte, Ustavni sud zasnova na tvrdnji da: “Ustav Crne Gore, međutim, neposredno ne određuje ekonomsku snagu obveznika poreza, dažbina i drugih naknada, kao kriterijum za utvrđivanje srazmjernosti fiskalnih obaveza, iz čega, prema nalaženju Ustavnog suda, proizilazi da je rješavanje tog pitanja u isključivoj nadležnosti zakonodavca...”<sup>132</sup>

Generalno, iako je nesporan stav Ustavnog suda da nije zadatak ove, niti bilo koje druge sudske instance, da utvrđuje da li je visina neke zakonske stope adekvatna, te da je ovo pitanje u isključivoj nadležnosti zakonodavca, pogrešan je zaključak Ustavnog suda da nije u njegovoj nadležnosti da ocjenjuje uticaj poreskog tereta na poreskog obveznika. Visina zakonske poreske stope i poreski teret koji trpi poreski obveznik nakon njene primjene jesu dvije različite stvari. Preciznije, poreska stopa postaje predmet preispitivanja ustavnosti najčešće u slučajevima kada nakon njene primjene poreski teret nije u srazmjeri sa sposobnošću plaćanja poreskog obveznika. Upravo zato principi proporcionalnosti i *ability-to-pay* postoje u uporednoj ustavno sudskoj praksi.

Dodatno, pogrešan je i stav Ustavnog suda da je nepostojanje *ad literam* principa *ability-to-pay* u Ustavu Crne Gore razlog zbog koga smatra sebe nenadležnim za uplitanje u predmetnu problematiku. Prvo, iako određeni nacionalni ustav ne sadrži *ad literam* princip *ability-to-pay*, to nije razlog da nacionalni ustavni sud ne primjenjuje ovo načelo u svojoj praksi. Kao što i sam Ustavni sud u spornoj presudi tvrdi, najbolji primjer stvaranja ovog principa predstavlja praksa Ustavnog suda

<sup>132</sup> *Op. cit.*, u bilj. 5.

Njemačke. Paradoksalno, iako ustavni sistem Crne Gore posjeduje identične osnove kao i ustavni sistem Njemačke, Ustavni sud Crne Gore ne prihvata mogućnost stvaranja i primjene ovog načela u poreskom sistemu Crne Gore. Drugo, netačno je i poistovjećivanje principa proporcionalnosti sa principom *ability-to-pay*, te uslovljavanje njegovog postojanja u oblasti oporezivanja postojanjem *ad literam* načela *ability-to-pay* u Ustavu. Preciznije, dok u ustavnim sistemima koji ne sadrže *ad literam* princip *ability-to-pay*, nacionalni ustavni sudovi posjeduju diskreciono pravo da cijene njegovu eventualnu primjenu, ova vrsta ovlašćenja ne postoji kada je riječ o primjeni principa proporcionalnosti iz sudske prakse ESLJP, već je njegova primjena imperativna. Preciznije, nacionalni sudovi nemaju samo mogućnost već takođe i obavezu da poštuju i primjenjuju Konvenciju kao i praksu ESLJP u postupcima koji su im povjereni na osnovu Ustava i crnogorskih propisa. Dakle, predmetna tvrdnja Ustavnog suda je u potpunoj kontradiktornosti sa sudskom praksom ESLJP-a koji koristi ovaj princip prilikom ocjene postojanja diskriminacije (povrede načela jednakosti), a na koju se u odluci i sam poziva.

## Summary

### **CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY OF CITIZENS BEFORE THE LAW IN THE MONTENEGRIN TAX SYSTEM: THE ASSESSMENT OF CONSTITUTIONALITY OF THE LAW ON FEES (TAXES) ON SERVICES OF PUBLIC INTEREST**

This paper elaborates the application of general constitutional principle of equality before the law in the area of taxation. The issue of the constitutionality of the Law on fees on access to certain services of public interest and on consumption of tobacco products and acoustic and electro acoustic devices represents the most comprehensive analysis of the subject matter. In this case, the Constitutional Court of Montenegro, among other awkward conclusions, has ruled that there is no constitutional basis for the application of the principle of ability-to-pay and the principle of proportionality in the area of taxation. This strange reasoning is the resemblance of the settled case practice of the Constitutional Court of Montenegro of evading the interference in issues related to constitutionality in tax matters. According to the Constitutional Court of Montenegro, such standing is the consequence of scarce constitutional provisions relating to taxation (e.g. there is no *ex lege* principle of ability-to-pay in the Constitution of Montenegro).

In this way, Constitutional Court of Montenegro, intentionally or by accident, has placed this part of Montenegrin legal system out of its jurisdiction. This reasoning is unacceptable since, to certain extent, it undermines the whole legal system. By doing so, the Constitutional Court of Montenegro puts the Parliament of Montenegro out of the constitutional boundaries of Montenegrin legal system regarding the area of taxation, and gives the legislator the possibility to act without any constitutional control. This reluctance of the Constitutional Court of Montenegro can be attributed to the insufficient understanding of this sophisticated area of the legal system and the fear of delivering wrong decisions, or it can be interpreted as a deliberate retreat in front of the demand for unlimited powers exercised by the legislator in tax matters.

**Keywords:** *Constitutional principle of equality before the law, principle of ability-to-pay, principle of proportionality, principle of equal treatment, generality of tax obligation.*



## Zusammenfassung

### **VERFASSUNGSGRUNDSATZ DER GLEICHHEIT VON BÜRGERN VOR DEM GESETZ IM STEUERSYSTEM MONTENEGROS: VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT DES GESETZES ÜBER STEUER AUF LEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM INTERESSE**

In der Arbeit wird die Anwendung des allgemeinen Verfassungsgrundsatzes der Gleichheit von Bürgern vor dem Gesetz im Bereich der Besteuerung in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts Montenegros analysiert. Die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über Steuer auf Zutritt zu bestimmten Leistungen von allgemeinem Interesse und auf Benutzung von Tabakwaren sowie auf Benutzung von elektroakustischen und akustischen Geräten stellt die ausführlichste Analyse dieser Problematik dar. Im Rahmen der Anwendung des allgemeinen Verfassungsgrundsatzes werden seine vier Erscheinungsformen detailliert beobachtet: Grundsatz der steuerlichen Leistungsfähigkeit, Grundsatz der Proportionalität, Grundsatz der Gleichmäßigkeit und Grundsatz der Allgemeinheit. Es wird ebenfalls auf Stellungnahmen aus der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts Montenegros bezüglich der Besteuerung im Allgemeinen sowie auch bezüglich des Begriffs der Diskriminierung (Ungleichheit) hingewiesen.

***Schlüsselwörter:** Verfassungsgrundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz, Grundsatz der steuerlichen Leistungsfähigkeit, Grundsatz der Proportionalität, Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung.*

## Riassunto

### **IL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI EGUAGLIANZA DEI CITTADINI DINANZI ALLA LEGGE NEL SISTEMA FISCALE DEL MONTENEGRO: LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA LEGGE SULLE TASSE (IMPOSTE) SUI SERVIZI RIVOLTI ALL'INTERESSE GENERALE**

Nel lavoro di analizza l'applicazione del principio costituzionale generale di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge nell'ambito fiscale nella giurisprudenza della Corte costituzionale del Montenegro. Il caso della valutazione della legittimità costituzionale della legge sulle tasse nei confronti di certi servizi di interesse generale e per l'utilizzo di prodotti del tabacco, come anche di prodotti elettroacustici ed acustici, rappresenta l'analisi più dettagliata di questo problema. Nell'ambito dell'applicazione di questo principio giuridico generale vengono dettagliatamente osservate le sue quattro forme di manifestazione connesse alla materia fiscale: il principio ability-to-pay, il principio della proporzionalità, il principio del trattamento paritario ed il principio della generalità. Altresi, si indicano gli orientamenti della giurisprudenza della Corte costituzionale del Montenegro che si riferiscono all'ambito fiscale in generale, come anche al concetto di discriminazione (diseguaglianza).

**Parole chiave:** *principio costituzionale di eguaglianza dinanzi alla legge, principio ability-to-pay, principio di proporzionalità, principio del trattamento paritario, principio di generalità dell'imposta.*

## DRŽAVNE POTPORE PROFESIONALNOM SPORTU I TRAJNE NOVČANE NAKNADE: HRVATSKA ISKUSTVA I REGIONALNE TENDENCIJE

Dr. sc. Ante Vuković,  
Stečajni upravitelj  
Split

UDK: 339.13.027:796(497.5)  
Ur.: 27. siječnja 2014.  
Pr.: 25. travnja 2014.  
Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Financiranje profesionalnog sporta iz javnih izvora u Republici Hrvatskoj od 1. srpnja 2013. mora biti sukladno propisima o državnim potporama u EU kojima je zabranjena dodjela državnih potpora s kojima se narušavaju pravila o tržišnom natjecanju iz Glave VII. Poglavlja 1. UFEU-a (Rules on Competition). U državama članicama EU-a profesionalni sport u pravilu se samofinancira, dok su u strukturi izvora financiranja sporta uopće, na prvom mjestu sredstva iz privatnih izvora (65,67 % od ukupnih izvora). S druge strane, u zemljama bivše Jugoslavije, država načelno ne pomaže profesionalni sport javnim novcem, ali je još uvijek glavni financijer sporta uključujući i isplate za trajne novčane naknade tamo gdje one postoje (Srbija, Hrvatska i Crna Gora). Stoga su u cijeloj regiji potrebne velike promjene stečenih navika iz socijalizma, ali i propisa iz područja sportskoga prava.*

*U Hrvatskoj su, prema uzoru na srpski Zakon o sportu 2013. godine uvedena nova pravila o naknadama za bivše vrhunske sportaše. Međutim, pravo na naknadu nemaju sportaši s invaliditetom za medalje osvojene na svjetskim prvenstvima osoba s invaliditetom. Takva diskriminatorna odredba protivna je međunarodnom i hrvatskom pravu. Sportski zakoni BiH, RS te CG jednaka prava daju sportašima s invaliditetom kao sportašima bez invaliditeta.*

**Ključne riječi:** državne potpore profesionalnom sportu u EU, proračunsko financiranje sporta u državama bivše SFRJ, naknade, zabrana diskriminacije sportaša s invaliditetom.

## 1. UVOD

U Narodnim novinama (NN) br. 94/13 od 22. srpnja 2013. objavljene su izmjene i dopune Zakona o sportu Republike Hrvatske (ZS ili Zakon o sportu).<sup>1</sup> U radu se analiziraju: 1.) nove odredbe o financiranju profesionalnog sporta iz javnih izvora te 2.) izmjene odredbi o trajnoj novčanoj naknadi (naknada) za vrhunske sportske rezultate. Naime, od 1. srpnja 2013. od kada je država članica Europske unije (EU) u Republici Hrvatskoj (RH) pravo EU-a je izvor prava stoga i financiranje profesionalnog sporta (pojedinačnog i ekipnog) mora biti usklađeno sa strogim pravilima nove političke i ekonomske zajednice o državnim potporama kojima se štiti tržišno natjecanje iz čl. 107. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU). To će značiti velik zaokret u odnosu na dosadašnju praksu u kojoj se tolerirao vrlo visoki stupanj pomaganja sportskih klubova s proračunskim novcem, u tzv. *kombiniranom modelu* financiranja sporta. Vezano uz naknade, usklađenje neće biti potrebno budući da na razini EU-a nema istog ili sličnog instrumenta (izuzetak je Mađarska).

U radu će se prikazati i zakonodavna rješenja o financiranju sporta i nagrađivanju sportskih uspjeha postignutih na globalnoj razini u nekim državama iz okruženja koje još uvijek nisu države članice EU-a (Bosna i Hercegovina, Srbija te Crna Gora). Uočljivo je da je u svim državama bivše Jugoslavije još uvijek naglašen odlučujući utjecaj države na financiranje sporta, a što se može označiti kao tipična tranzicijska problematika. U državama članicama EU-a postojeća stanja kao i tendencije su drukčije.

## 2. FINANCIRANJE PROFESIONALNOGA SPORTA IZ JAVNIH IZVORA U REPUBLICI HRVATSKOJ

### 2.1. Osobitosti zakonodavnog uređenja do 1. srpnja 2013.

Prema čl. 74. ZS-a, osnovu financiranja sporta čine prihodi koje pravne i fizičke osobe koje obavljaju sportske djelatnosti ostvare: 1.) obavljanjem sportske djelatnosti; 2.) članarinom sportskih udruga; 3.) dio prihoda od priređivanja igara na sreću te 4.) sredstvima kojima jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave i Grad Zagreb (JLPS) i država pomažu obavljanje sportske djelatnosti. Dakle, prihodi osoba koje obavljaju sportske djelatnosti dijele se na dvije skupine: 1.) javne (državne) prihode te 2.) privatne prihode. RH, JLPS utvrđuju *javne potrebe* u sportu i za njihovo ostvarivanje osiguravaju sredstva iz svojih proračuna u skladu s ovim Zakonom.<sup>2</sup> Javne potrebe u sportu na državnoj razini nalaze se u čl. 75. ZS-a, dok

1 NN, br. 71/06, 150/08, 124/10, 124/11, 86/12. i 94/13.

2 V. Institut za javne financije, *Financiranje sporta u Republici Hrvatskoj s usporednim prikazom financiranja u Europskoj uniji*, Zagreb 2012. Dostupno i na internet stranici Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta RH, <http://public.mzos.hr/Default.aspx?sec=2379> (posjet 1.12.2013.).

se javne potrebe u sportu za koje se sredstva osiguravaju iz proračuna JLPS nalaze u čl. 76. ZS-a.

Šire gledajući, do 1. srpnja 2013. u RH financiranje sporta iz javnih izvora bilo je uređeno s više međusobno neusklađenih propisa. S jedne strane, postojao je Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (SSP)<sup>3</sup> kao pravni temelj i sadržajni okvir odnosa RH i EU-a<sup>4</sup>, zatim Zakon o državnim potporama (ZDP)<sup>5</sup>, Uredba Vlade RH o državnim potporama<sup>6</sup> te 35 odluka o objavi pravila o državnim potporama za pojedina područja, djelatnosti i namjene ali bez posebnih pravila o državnim potporama u djelatnosti sporta.<sup>7</sup> S druge strane, Zakon o sportu kao *lex specialis*, regulirao je materiju financiranja sporta u RH iz javnih izvora putem instituta *javnih potreba* i nije bio usklađen s odredbama ZDP-a, odnosno obvezama preuzetim čl. 70. SSP-a.<sup>8</sup> Odnosno, ZS je omogućio JLPS-u *autonomiju* u odlučivanju o tome kako će poticati sport na svom području i kojim će aktivnostima dati prvenstvo pritom ne čineći razliku između financiranja profesionalnog i amaterskog sporta. Vezano uz javne potrebe u sportu na državnoj razini, te programe donosi Hrvatski sabor na prijedlog Vlade RH, zajedno s državnim proračunom, a za njihovo izvršenje osiguravaju se sredstva u državnom proračunu i iz dijela prihoda igara na sreću (javni izvori).<sup>9</sup>

3 NN-MU, br. 14/01., 14/02., 1/05. i 7/05.

4 BAČIĆ, Arsen, *Ustavno pravo Republike Hrvatske Praktikum*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 2006, 525.

5 NN, br. 140/05. i 49/11. Danom stupanja na snagu ovoga Zakona prestao je važiti Zakon o državnim potporama (NN, br. 47/03. i 60/04). Prema čl. 3. st. 1. ZDP-a, državne potpore svi su stvarni i potencijalni rashodi ili umanjeni prihodi države dodjeljeni od davatelja državne potpore koji narušavaju ili bi mogli narušiti tržišno natjecanje davanjem prednosti na tržištu korisniku državne potpore, bez obzira na oblik državne potpore, u mjeri u kojoj to može utjecati na ispunjenje međunarodno preuzetih obveza RH iz SSP-a.

6 NN, br. 50/06. Ona uređuje sadržaj, postupak i ostale bitne elemente za ocjenu sukladnosti državnih potpora s odredbama ZDP.

7 Čl. 18. ZDP.

8 ZS uvodi obvezu *preoblikovanja* profesionalnih sportskih klubova u sportska dionička društva (s. d. d. i to za sportske klubove u nogometu, košarci i rukometu, ako ispunjavaju i ostale Zakonom propisane uvjete. Jedan je od uvjeta da na temelju revizije proizlazi da su se kod sportskog kluba – udruge za natjecanje stekli uvjeti za pokretanje stečajnog postupka, a on nije pokrenut (čl. 41. ZS). Bitno je da je u ovom dijelu Zakon o sportu *lex specialis* u odnosu na Stečajni zakon (NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12.) koji određuje opća pravila za sve stečajne dužnike među kojima su i opći stečajni razlozi (nelikvidnost, nesposobnost za plaćanje i prezadužnost). Dakle i financiranje profesionalnog sporta iz javnih izvora kao i obveza preoblikovanja prezaduženih sportskih profesionalnih klubova svakako su povlastice koje je Zakon o sportu napravio prema sportskim klubovima. Usp. PETROVIĆ, Siniša, Trgovačka društva u športu – športsko dioničko društvo, (*Uvod u Športsko pravo*, Inženjerski biro, Zagreb, 2009., et al.

9 Javne potrebe u sportu na državnoj razini su: 1. poticanje i promicanje sporta, osobito sporta djece, mladeži, studenata i osoba s invaliditetom, 2. poticanje planiranja i izgradnje sportskih građevina, 3. skrb o vrhunskim sportašima, 4. djelovanje nacionalnih sportskih saveza, Hrvatskoga olimpijskog odbora, Hrvatskoga paraolimpijskog odbora i Hrvatskoga sportskog saveza gluhih, 5. djelovanje informacijskog sustava u sportu, 6. rad i djelovanje Agencije, 7. dodjeljivanje Državne nagrade za sport »Franjo Bučar« i državnih nagrada za vrhunska

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (AZTN) odobrava i nadzire provedbu državnih potpora te nalaže povrat državnih potpora koje su dane ili korištene protivno propisima.<sup>10</sup> Ipak, AZTN nije mogao naložiti povrat državnih potpora, odnosno donijeti ocjenu da se sredstva profesionalnom sportu smatraju nezakonitom državnom potporom u slučaju postojanja programa *javnih potreba* u sportu, na temelju razrađenih kriterija, a prema odredbama ZS-a kao posebnog propisa.<sup>11</sup>

Koliki je udio financiranja profesionalnog sporta iz javnih izvora u strukturi izvora financiranja profesionalnog sporta općenito, nije moguće pouzdano utvrditi budući da su u RH profesionalni sportski klubovi organizirana na različite načine (Zakon o sportu ili Zakon o udrugama<sup>12</sup>) iz čega proizlaze različite financijske, računovodstvene i osobito porezne evidencije. Rješenje je u obveznom preoblikovanju svih profesionalnih klubova u sportska dionička društva (s. d. d.) čime će se postići potpuna transparentnost u poslovanju i jednaki pravni te ekonomski položaj profesionalnih klubova na tržištu.

## **2.2. Osobitost zakonodavnoga uređenja nakon 1. srpnja 2013.**

Pristupanjem RH EU 1. srpnja 2013., Uredba Vijeća Europskih zajednica br. 659/1999<sup>13</sup> počinje se izravno primjenjivati i u RH, te za *glavne* poslove sustava državnih potpora koje u RH obavlja AZTN postaje isključivo nadležna Komisija. Radi prilagodbe novim okolnostima donesen i novi Zakon o državnim potporama<sup>14</sup> (ZDP1) koji je na snazi od 1. srpnja 2013. Pravilo je da davatelj državne potpore ne može dodijeliti državnu potporu prije odobrenja ili Komisije ili AZTN-a.

Ipak, od strogih pravila o obveze prijave Komisiji državne potpore radi odobrenja, postoje izuzeci. To su: 1.) državna potpora izuzeta od obveze prijave Komisiji je ona koju prije dodjele nije potrebno prijaviti Komisiji u skladu s važećim propisima Komisije donesenim na temelju čl. 108. UFEU-a (čl. 10. ZDP1) te 2.) potpora male vrijednosti (*de minimis* potpora) je uređena važećom uredbom

---

sportska postignuća, 8. međunarodna sportska suradnja i međunarodne obveze RH u sportu, te 9. znanstveni i razvojni programi u sportu.

10 AZTN u postupku primjenjuje ZDP, Zakon o upravnom postupku i Uredbu o državnim potporama. Sukladno ZDP, AZTN za tumačenje propisa o državnim potporama, a osobito u slučaju postojanja pravnih praznina ili dvojbi u tumačenju tih propisa, primjenjuje na odgovarajući način kriterije koji proizlaze iz pravilne primjene pravila o državnim potporama koje proizlaze iz: 1.) UFEU-a; 2.) provedbenih propisa (uredbе); 3.) prakse Europske komisije koja je nadležna za ocjenu državnih potpora u državama članicama EU te 4.) odluke Europskog suda u Luksemburgu.

11 Koliko je poznato, AZTN o korištenju državnih potpora u sportu nije donio niti jednu odluku koja obvezuje sportske klubove. Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, <http://www.aztn.hr/rezultati-odluke/?&page=2>. (posjet 1.11.2013.)

12 NN, br. 88/01. i 11/02.

13 Službeni list Europske unije, L 83/1 od 27.3.1999.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:08:04:31999R0659:HR:PDF> (posjet 1.10.2013.).

14 NN, br. 72/13.

EU-a koja zbog svoga iznosa ne narušava ili ne prijeti narušavanju tržišnog natjecanja i ne utječe na trgovinu između država članica EU pa zato i ne predstavlja državnu potporu iz čl. 107. st. 1. UFEU (čl. 11. ZDP1). Za ove potpore mišljenje daje AZTN.<sup>15</sup>

Stoga je čl. 74. Zakona o sportu dopunjen u 2013. godini novom odredbom koja glasi: „*Financiranje profesionalnog sporta od strane Republike Hrvatske, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave i Grada Zagreba sukladno odredbama ovoga Zakona, ako ima učinak na trgovinu između Republike Hrvatske i drugih država članica Europske unije, moguće je ako je sukladno propisima o državnim potporama (članak 107. Ugovora o funkcioniranju Europske unije).*»

To znači da od dana pristupanja RH EU, sustav dodjele državnih potpora u RH nadziru tijela i institucije EU-a, a akti i programi doneseni temeljem ZS-a, ako sadrže državne potpore moraju biti usklađeni s odredbom čl. 107. UFEU-a.<sup>16</sup> Financiranje profesionalnog sporta<sup>17</sup> iz javnih izvora mora biti sukladno propisima o državnim potporama u EU kojima je zabranjena dodjela državnih potpora s kojima se narušavaju pravila o tržišnom natjecanju iz Poglavlja 1. Glava VII. UFEU (*Rules on Competition*). S druge strane, financiranje amaterskog sporta iz državnih izvora, jer nema utjecaja na trgovinu između država članica EU-a ničim nije ograničeno.

- 
- 15 Nacrt uredba Komisije (EU) br. C(2013) 4448 Draft od 17.7.2013. o primjeni članaka 107. i 108. Ugovora o funkcioniranju Europske unije na *de minimis* potpore, [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013\\_second\\_de\\_minimis/draft\\_regulation\\_hr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_second_de_minimis/draft_regulation_hr.pdf) (posjet 10.10.2013.). Odredbe o potporama male vrijednosti nalaze se u Odluci o objavljivanju pravila o potporama male vrijednosti (NN, br. 45/07). Ova Odluka je usklađena s Uredbom Komisije br. 1998/2006 od 15.12.2006. Gornju granicu za iznos *de minimis* potpore je 200.000 eura koju može primiti jedan *poduzetnik* po državi članici tijekom bilo kojeg trogodišnjeg razdoblja
- 16 Sustav državnih potpora u EU uređen je u čl. 107., 108. i 109. UFEU-a. Opće je pravilo da svaka potpora koju dodijeli država članica ili koja se dodjeljuje putem državnih sredstava u bilo kojem obliku kojim se narušava ili prijeti da će narušiti tržišno natjecanje stavljanjem određenih poduzetnika ili proizvodnje određene robe u povoljniji položaj, nespojiva je s unutarnjim tržištem u mjeri u kojoj utječe na trgovinu među državama članicama (st. 1., čl. 107). Komisija u suradnji s državama članicama neprestano nadzire sve sustave potpora koji postoje u tim državama i predlaže sve odgovarajuće mjere koje su potrebne za postupni razvoj ili djelovanje unutarnjeg tržišta (st. 1., čl. 108.). Vijeće može, na prijedlog Komisije i nakon savjetovanja s Europskim parlamentom, donijeti, između ostalog sve odgovarajuće uredbe za primjenu članaka odredbi o državnim potporama (čl. 109.).
- 17 Profesionalni sport obuhvaća i fizičke i pravne osobe. Prema čl. 8. ZS-a, sudjelovanje u sportskim natjecanjima smatra se profesionalnim ako sportaš koji sudjeluje u natjecanjima ima sklopljen ugovor o profesionalnom igranju ili ugovor o radu ili ako sportaš obavlja samostalnu sportsku djelatnost sudjelovanja u sportskim natjecanjima (st. 1.). Sportaš koji profesionalno sudjeluje u sportskim natjecanjima je osoba kojoj je bavljenje sportom osnovno zanimanje i kojemu se po toj osnovi uplaćuje doprinos za obvezna osiguranja u skladu s posebnim propisima. Sukladno st.1., čl. 24. ZS-a, profesionalni status ima onaj sportski klub koji je osnovan radi obavljanja sportske djelatnosti sudjelovanja u sportskim natjecanjima, ako uvjete iz čl. 8. st. 1. ovoga Zakona zadovoljava više od 50 % registriranih sportaša u seniorskoj konkurenciji, u odnosu na broj prijavljenih sportaša za natjecateljsku godinu na listi koju vodi odgovarajući nacionalni sportski savez ili ako ispunjava uvjete za stjecanje profesionalnog statusa sukladno pravilima odgovarajućeg nacionalnoga sportskog saveza (profesionalni sportski klub).

Jesu li, međutim, odredbe o zabrani financiranja profesionalnog sporta iz javnih novčanih sredstava *apsolutne*? Nisu, jer se davanje državnih potpora profesionalnom sportu razmatra od slučaja do slučaja. Nesporna je upitnost državne financijske potpore u slučajevima kada sportska aktivnost predstavlja gospodarsku djelatnost profesionalnog sporta (prihodi od transfera igrača, prihodi od prodaja ulaznica, prihodi od pokrovitelja, prihodi od televizijskih prava i dr.) ili kada je namjena državne potpore vezana na podmirivanje, npr. operativnih troškova profesionalnog sporta ili kada javna sredstva daju selektivnu ekonomsku prednost pojedinom klubu u odnosu na ostale profesionalne klubove koji obavljaju gospodarsku djelatnost te postoji mogućnost da bi tim mjerama moglo se narušiti tržišno natjecanje i utjecati na trgovinu između članica EU-a. Državnom potporom ne smatra se niti financiranje profesionalnih sportskih klubova (*poduzetnika*) ako se takvo financiranje odnosi na potpore male vrijednosti do **200.000 eura** u trogodišnjem razdoblju.

### **3. FINANCIRANJE PROFESIONALNOGA SPORTA U DRŽAVAMA ČLANICAMA EU-A**

U EU sport ima iznimno važno značenje. Reguliran je u primarnom izvoru prava EU-a (*Ugovor o funkcioniranju EU*), ali nema detaljnije razrade u sekundarnom zakonodavstvu EU-a.

O financiranju sporta Europsko vijeće (*Council of Europe*) usvojilo je još 1992. godine Europsku sportsku povelju (*European sports charter*) kojom snažno podržava javne te privatne financijske podrške razvoju sporta (čl. 12.).<sup>18</sup> Europska komisija (Komisija) usvojila je 2007. Bijelu knjigu o sportu (*White Paper on Sport*) u kojoj se ističe velika društvena i ekonomska važnost sporta u Europi.<sup>19</sup> Komisija naglašava da se na sport „primjenjuje pravo tržišnog natjecanja i odredbe o unutarnjem tržištu sve dok on predstavlja ekonomsku aktivnost“.<sup>20</sup> Jednako tako, Komisija razumije važnost javne podrške amaterskom (neprofesionalnom, neselektivnom) sportu i rekreaciji (sport za sve) kroz zakonodavstvo EU-a, a jedna je od predloženih mjera i smanjenje stope PDV-a za sport. Posljednja u nizu podrški Komisije za razvoj sporta kroz socijalni dijalog u profesionalnom nogometu je Sporazum o minimalnim uvjetima standardnog ugovora za profesionalne igrače, Bruxelles, 2012.<sup>21</sup>

18 Europska povelja o sportu, [http://www.coe.ba/pdf/EVR\\_Charter\\_on\\_sport.pdf](http://www.coe.ba/pdf/EVR_Charter_on_sport.pdf) (posjet 1.12.2013.).

19C ommission of the European Communities, White paper on Sport, [http://ec.europa.eu/sport/documents/wp\\_on\\_sport\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/sport/documents/wp_on_sport_en.pdf) (posjet 20.10.2013.). Bijela knjiga o sportu donešena je 11.7.2007. u Bruxellesu.

20 V. BAČIĆ, Arsen / BAČIĆ, Petar, Lisabonski ugovor i novi start europskog sportskog prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 4/2011, 687.

21 European Commission, Agreement regarding the minimum requirements for standard player contracts in the professional football sector in the European Union and in the rest of the



U predmetima iz svoje nadležnosti Komisija donosi odluke na koje se može izjaviti žalba o kojoj najprije odlučuje Opći sud Europske unije.<sup>22</sup> O žalbama protiv presuda Općeg suda Europske unije u konačnici odluku donosi Europski sud u Luxembourg u kao najviša sudska instanca EU-a čije presude obavezuju sve članice EU-a.<sup>23</sup>

Dakle, u čl. 165. UFEU-a<sup>24</sup> ili „sportskom članku“<sup>25</sup> naglašava se, po prvi put da Unija doprinosi promociji europskog sporta, pritom vodeći računa o *specifičnoj* prirodi sporta, strukturama koja se temelje na *dobrovoljnosti*<sup>26</sup> te društvenoj i obrazovnoj funkciji. Nadalje, Unija pomaže razvijanje europske dimenzije u sportu promicanjem pravednosti i otvorenosti na sportskim natjecanjima i suradnje među tijelima odgovornima za sport te zaštitom tjelesnog i moralnog integriteta sportaša i sportašica, osobito najmlađih sportaša i sportašica. Financiranje sporta u dijelu koji sadrži državnu potporu (*State aid*), posebno profesionalnog sporta podliježe pravilima i normama o državnim potporama iz pravne stečevine EU, konkretno odredbi o državnim potporama iz UFEU-a radi zaštite tržišnog natjecanja. Međutim, državna potpora dana za rad mladih i omladinskih škola te za izgradnju sportskih objekata ne predstavlja nezakonitu državnu potporu. To proizlazi i iz Zajedničke izjave potpredsjednika Europske komisije za tržišno natjecanje Joaquina Almunija i predsjednika UEFA Michela Platinija od 21. ožujka 2012. (*Joint Statement on Financial Fair Play (FFP) rules and State aid*).<sup>27</sup> Naglašeno je da su troškovi koji

---

UEFA territory, [http://ec.europa.eu/sport/news/documents/agreement\\_football\\_contracts\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/sport/news/documents/agreement_football_contracts_en.pdf) (posjet 20.10.2013.)

- 22 Sud Europske unije sastoji se od tri suda: 1.) Europskog suda; 2.) Općeg suda, i 3.) Službeničkog suda. Europski sud ima zadaću osigurati da se i u tumačenju Osnivačkih ugovora EU (Ugovor o Europskoj uniji (Lisabonski ugovor od 13. prosinca 2007.) i Ugovor o funkcioniranju Europske unije od 19. svibnja 2008.) poštuje pravo.
- 23 Sud u Luxembourg više je puta odlučivao o predmetima iz sporta. Predmet br. C-222/86 *Unectef v. Heyssel*, ECR [1987] 4097, ticao se prava na rad Georgesa Heylensa, nogometnog trenera s belgijskim državljanstvom u Francuskoj, bez francuske diplome u klubu Lille Olympic Sporting Club. Sud je analizirao pravo na zaposlenje državljana države članice u drugoj državi članici i ostvarenje slobode kretanja radnika. Sud je zaključio kako je **pravo na djelotvornu sudsku zaštitu** protiv bilo koje odluke nacionalnog tijela koja onemogućava izvršenje tog prava, opće načelo prava Zajednice. To proizlazi iz ustavnih tradicija država članica i Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. The International Sports Law Journal 2007/1-2, [http://www.asser.nl/upload/sportslaw-webroot/cms/documents/cms\\_sports\\_id120\\_1\\_ISLJ%202007\\_1-2.pdf](http://www.asser.nl/upload/sportslaw-webroot/cms/documents/cms_sports_id120_1_ISLJ%202007_1-2.pdf) (posjet 20.10.2013.). U predmetu br. C-415/93, poznatijem kao predmet Bosman Sud se izjasnio o pravilima o **slobodi kretanja radnika** u sportskom sektoru Europe (*rule on the free movement of workers in the European sports sector*). Usp. IVKOŠIĆ, Marko, Pravno uređenje transfera profesionalnih nogometaša, magistrarski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2005.
- 24 Stupio na snagu 1. prosinca 2009.
- 25 V. SIEKMAN, Robert, The specificity of sport:sporting exceptions in EU Law, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 4/2012, 723.
- 26 ZID ZS iz 2012. godine izbrisao je začudo odredbu prema kojoj se sport u RH temelji na načelu dragovoljnosti.
- 27 European Commission, Joint Statement by Vice.president Joaquin Almunia and President Michel Platini, [http://ec.europa.eu/competition/sectors/sports/joint\\_statement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/sports/joint_statement_en.pdf) (posjet 20.10.2013.).

se odnose za treniranje mladih i njihov razvoj, zatim socijalni i društveni projekti te investicije u infrastrukturu u skladu s FFP-om i državnim potporama. Kao primjeri navedeni su slučajevi pomoći amaterskom sportu i mladim ekipama u Francuskoj<sup>28</sup> te potpora izgradnji sportske infrastrukture u Mađarskoj.<sup>29</sup>

Vezano uz samu strukturu, izvora financiranja sporta u državama članicama EU-a ona je sljedeća: 65,67 % sredstva iz kućanstva (članarine, kupnja robe i opreme te plaćanje poduka); 16,90 % sredstva iz lokalnih proračuna; 6,95 % sredstva iz državnih proračuna; 6,83 % sredstva od sponzora; 3,25 % sredstva od medija; 0,13 % sredstva od lutrije te 0,26 % sredstva iz ostalih izvora.<sup>30</sup> U odnosu na financiranje profesionalnog sporta u državama članicama EU, ključno je samofinanciranje kroz: 1.) članarine; 2.) novac od prodaje ulaznica; 3.) promidžba; 4.) sponzorstvo; 5.) medijska prava; 6.) preraspodjelu prihoda unutar sportskih saveza; 7.) trgovina i sl.<sup>31</sup>

#### **4. FINANCIRANJE PROFESIONALNOGA SPORTA U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE**

U Bosni i Hercegovini na snazi je Zakon o sportu u Bosni i Hercegovini (ZS BiH)<sup>32</sup> koji određuje sport kao djelatnost od *javnog interesa* (čl. 3.).<sup>33</sup> To znači da je i profesionalni sport djelatnost od javnog interesa.<sup>34</sup> Ipak, financiranje sporta je

28 Odluka Europske komisije od 25.4.2001., N 118/2000 (SL JOCE C/333/2001), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:333:0006:0008:EN:PDF> (posjet 10.10.2013.).

29 Radi se o shemi poreznih olakšica (*tax allowance*) radi ulaganja u sportske objekte u pet (5) sportskih grana: nogomet, rukomet, košarka, hokej na ledu i vaterpolo a koji su od velike važnosti za cijeli mađarski sport. Putem državne potpore u sportsku infrastrukturu uložiti će se do 30. lipnja 2017. oko 60 milijuna eura godišnje. Komisija se složila da se te potpore mogu smatrati spojivima s unutarnjim tržištem (čl. 107. st. 3. t. c UFEU), SA. 31722 (SL JOCE/C/364/2011).

European Commission [http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseff/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_31722](http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseff/case_details.cfm?proc_code=3_SA_31722), (posjet 1.11.2013.).

30 V. Institut za javne financije, op. cit., 143.

31 V. SIEKMAN, Robert / SOEK, Janwillem, Models of Sport Governance in the European Union: The Relationship between State and Sport Authorities, *The International Sports Law Journal* 2010, 98.

32 Službeni glasnik BiH, br. 27/08. i 102/09. Danom stupanja na snagu ovoga Zakona prestao je važiti Zakon o fizičkoj kulturi Bosne i Hercegovine (Službeni list SRBiH, broj 24/91).

33 Javni interes i ciljevi Bosne i Hercegovine (BiH) u sportu, su sukladno čl. 7. ovoga Zakona: a) razvijanje svijesti građana, posebno mladih, o sportu i njegovim vrijednostima; b) doprinos odgoju, obrazovanju i razvoju djece i mladeži; c) poticanje i afirmiranje sporta i njegovih vrijednosti kao dijela kulture i ukupnih materijalnih i duhovnih vrijednosti društva; d) očuvanje zdravlja kao osnove svake ljudske aktivnosti, radne produktivnosti, izražavanje stvaralaštva i humanog življenja; e) poticanje sustavnog i organiziranog bavljenja sportom u slobodnom vremenu; f) predstavljanje vrhunskog sportskog stvaralaštva na svim razinama; g) sustavno stvaranje uvjeta za ostvarivanje vrhunskih sportskih rezultata te h) organizacija sustava natjecanja u skladu sa pravilima međunarodnih sportskih federacija.

34 Po čl. 16. ZS BiH, pravne osobe u sportu su profesionalni i amaterski sportski klubovi.

područje koje je „formalno-pravno najjasnije definirano u Bosni i Hercegovini”.<sup>35</sup>

Prema čl. 65. ZS BiH, sredstva za financiranje sportskih aktivnosti ostvaruju se iz državnih (javnih) te privatnih izvora. Javni izvori su: a) proračunska sredstva institucija Bosne i Hercegovine (BiH), entiteta i drugih razina administrativnog organiziranja; b) igre na sreću. Privatni izvori su: a) članarine, b) donacija i sponzorstva pravnih i fizičkih osoba, c) prihoda od kamata i zakupnina, d) prihodi stečeni aktivnostima utvrđenim statutom sportske organizacije te e) drugi prihodi.

*Javni interes* u sportu u BiH ostvaruje se sufinanciranjem iz sredstava proračuna institucija BiH na osnovi strategije, dugoročnih i godišnjih programa razvoja sporta u BiH (čl. 66. ZS BiH). U praksi je, međutim sustav sufinanciranja postao sustav gotovo isključivog financiranja sporta iz javnog sektora jer se više od 90 % potreba u sportu financira iz proračuna državnog aparata, entiteta, kantona i gradova, odnosno općina.<sup>36</sup> Takav način financiranja sporta nije, na duži rok održiv pa se privatna inicijativa pokazuje kao najbolje rješenje financiranja sporta u BiH. To se ne odnosi na financiranje amaterskog i rekreacijskog sporta koji nije prikladan za tržišne odnose već o njemu moraju voditi računa sve razine državne uprave. S druge strane, financiranje profesionalnog sporta moglo bi biti zahvaćeno poduzetništvom, posebno nakon plasmana nogometne reprezentacije BiH na Svjetsko prvenstvo u Brazilu 2014. U čl. 67. - 68. ZS BiH pronalazi se dovoljno atraktivnih instrumenata: porezne olakšice za sportaše i sportske organizacije, a osobito pri izgradnji i održavanju sportskih objekata, organizacije velikih sportskih natjecanja, sportskih priredbi, nabavke sportske opreme te sistematskih pregleda sportaša. Uložena sredstva u razvoj sporta priznaju se kao troškovi i oslobođeni su poreza. Dakle, i profesionalni klubovi osnovani kao privredna društva dijelom se financiraju od države kada ulažu u troškove održavanja sportskih objekata čiji je vlasnik država. Ipak, ključna je promjena kolektivnog razmišljanja koje prihvaća europske tendencije razvoja sporta.

---

Profesionalni sportski klub osniva se kao privredno društvo, odnosno preduzeće radi obavljanja sportske djelatnosti (čl. 20. ZS BiH), dok je amaterski klub dobrovoljna nevladina neprofitna organizacija koja se organizira kao udruženje građana za obavljanje sportske djelatnosti (čl. 19. ZS BiH). Dakle, profesionalni sportski klub je trgovačko društvo kapitala, dok je amaterski sportski klub neprofitna organizacija. Sukladno čl. 34. ZS BiH i neprofitne organizacije mogu obavljati komercijalne poslove „samo ako je osnovna svrha takvih djelatnosti ostvarivanje ciljeva utvrđenih statutom.”

35 Olimpijski komitet Bosne i Hercegovine (Haris Hasanspahić).

36 Ministarstvo civilnih poslova BiH, Strategija razvoja sporta u BiH, [http://www.mcp.gov.ba/zakoni\\_akti/strategije/default.aspx?id=1672&langTag=bs-BA](http://www.mcp.gov.ba/zakoni_akti/strategije/default.aspx?id=1672&langTag=bs-BA) (posjet 10.11.2013.).

## **5. FINANCIRANJE PROFESIONALNOGA SPORTA U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE**

Važnost sporta u Republici Srbiji određuje Ustav Republike Srbije<sup>37</sup> kao i Zakon o sportu (ZSS)<sup>38</sup>. U skladu sa srpskom pravnom tradicijom, ZSS je zadržao, tzv. *intervencionistički model* zakonskog uređivanja sporta što znači da je najznačajniji dio sportskog sustava Republike Srbije i osnovni element koji čini taj sustav, u pogledu strukture i nadležnosti uređeni pravnim normama koje propisuje država zakonom.<sup>39</sup> Prema čl. 2. ZSS-a, sport je „delatnost od posebnog značaja za Republiku Srbiju“<sup>40</sup> koja se financira većim dijelom iz državnog proračuna, te proračuna autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave. Za financiranje iz javnih izvora bitno je postojanje „opšteg interesa“ na svim razinama političke organizacije društva. Za ostvarivanje „opšteg interesa“ na državnoj razini<sup>41</sup> osiguravaju se novčana sredstva u državnom proračunu te dodatno novčana sredstva ostvarena iz priređivanja igara na sreću (čl. 114. ZSS). Zakonom određeni

37 Službeni glasnik RS, br. 98/06.

38 Službeni glasnik RS, br. 24/11. i 99/11. Stupanjem na snagu ovoga zakona prestao je važiti Zakon o sportu (Službeni glasnik RS, br. 52/96. i 101/05.).

39 Tako ŠUPUT, Dejan, Sistem sporta u državama bivše SFRJ, Institut za uporedno pravo, Beograd 2011.No, tzv. *intervencionistički model* imaju i druge države u Europi: Bugarska, Cipar, Francuska, Grčka, Hrvatska, Italija, Latvija, Poljska, Portugal, Rumunjska i Španjolska.

40 U Strategiji razvoja sporta u Republici Srbiji za razdoblje od 2009. do 2013. godine (Službeni glasnik RS, br. 110/08) ističe se da se „...sport... **velikim delom financira iz budžeta Republike Srbije**“, [http://www.rzsport.gov.rs/download/file/Strategija\\_razvoja\\_sporta.pdf](http://www.rzsport.gov.rs/download/file/Strategija_razvoja_sporta.pdf) (posjet 1.11.2013.).

41 To su: 1.) osiguranje uvjeta za pripremu, sudjelovanje i ostvarivanje vrhunskih sportskih rezultata sportaša na olimpijskim igrama, paraolimpijskim igrama i drugim velikim međunarodnim sportskim natjecanjima; 2.) aktivnosti nacionalnih granskih sportskih saveza, Olimpijskog komiteta Srbije, Paraolimpijskog komiteta Srbije i Sportskog saveza Srbije putem kojih se ostvaruje opći interes u oblasti sporta, uključujući i unapređenje zaštite zdravlja sportaša, unapređenje stručnog rada i stručnog osposobljavanja u sportu; 3.) izgradnja, opremanje i održavanje sportskih objekata koji su od posebnog značaja za razvoj sporta na području Republike Srbije, vodeći računa o regionalnoj pokrivenosti; 4.) stipendije za sportsko usavršavanje vrhunskih sportaša amatera i novčana pomoć vrhunskim sportašima s posebnim zaslugama; 5.) nacionalna priznanja i nagrade za poseban doprinos razvoju i afirmaciji sporta; 6.) aktivnosti sportskih kampova za perspektivne sportaše, koji su od posebnog značaja za Republiku Srbiju; 7.) organizacija međunarodnih i nacionalnih sportskih natjecanja od značaja za Republiku Srbiju, međudržavna i međunarodna sportska suradnja; 8.) osiguranje uvjeta za organiziranje i održavanje školskih i studentskih sportskih natjecanja na razini Republike Srbije; 9.) aktivnosti na ispunjavanju međunarodnih obveza u sportu i razvijanje sporta i suradnje s organizacijama iz dijaspore; 10.) sprječavanje negativnih pojava u sportu (doping, nasilje i nedolično ponašanje); 11.) znanstveni skupovi, istraživačko-razvojni i znanstveno-istraživački projekti u sportu i izdavanje sportskih publikacija od nacionalnog značaja; 12.) unapređenje rekreativnog sporta, promocija i poticanje bavljenja sportom svih građana Republike Srbije, a osobito djece, žena, mladeži i osoba sa invaliditetom; 13.) djelatnost i programi organizacija u području sporta čiji je osnivač Republika Srbija.

nositelji programa dostavljaju nadležnom Ministarstvu omladine i sporta Republike Srbije u pravilu godišnje i posebne programe za financiranje ili sufinanciranje a prema dinamici utvrđenoj Programskim kalendarom (čl. 115. ZSS). Ministarstvo izravno financira: a) redovite programe nacionalnih sportskih saveza i nacionalnih krovnih organizacija; b) organizaciju međunarodnih natjecanja u Republici Srbiji, koji su od interesa za Republiku Srbiju; c) organizaciju sportskih kampova za perspektivne sportaše; d) subvencije za poduzeća osnovana radi organizacije velikih međunarodnih natjecanja; e) stipendije za vrhunske sportaše amatere; f) nagrade za osvojene medalje na europskim i svjetskim prvenstvima u olimpijskim disciplinama i na olimpijskim igrama; g) nacionalna priznanja za osvojene medalje na europskim i svjetskim prvenstvima u olimpijskim disciplinama i na olimpijskim igrama, te h) javni poziv kojim se financiraju programi sportskih organizacija, koji su u suglasnosti sa Strategijom razvoja sporta i Akcijskim planom.<sup>42</sup> Bitno je uočiti da financiranje aktivnosti iz programa može obuhvatiti samo dio plaća zaposlenih, materijalnih troškova i administrativnih troškova, a najviše do 20 % od odobrene visine sredstava iz proračuna Republike Srbije za taj program (čl. 119. ZSS). O odobrenju programa ministar odlučuje rješenjem koje je konačno i protiv njega se može voditi upravni spor (čl. 121. ZSS). Podnositelj odobrenog programa kome su, na temelju rješenja i potpisanog ugovora prenesena sredstva obavezan je *namjenski* koristiti sredstva dobijena iz proračuna Republike Srbije, a nabavku dobara, usluga ili radova u okviru tih sredstava mora vršiti u skladu sa zakonom kojim se uređuju javne nabave (čl. 122. ZSS). Podnositelji odobrenih programa obavezni su podnositi izvješća o načinu korištenja odobrenih novčanih sredstava dok ministarstvo ima pravo kontrole ostvarivanja odobrenih programa (čl. 130.-133. ZSS). Potrebe i interesi građana u oblasti sporta u autonomnoj pokrajini regulirani su u čl. 134.-136. ZSS-a, dok su programi i interesi građana u oblasti sporta u jedinicama lokalne samouprave određeni u čl. 137.-138. ZSS-a.

Radi obavljanja sportskih aktivnosti i sportskih djelatnosti sportske se organizacije mogu osnovati kao sportska udruženja ili kao sportska privredna društva (čl. 31. ZSS). Sportska udruženja su neprofitne sportske organizacije (čl. 34. ZSS) dok je cilj sportskih privrednih društava stjecanje profita uz određena zakonska ograničenja u svezi s raspolaganjem s neto dobiti (čl. 94. ZSS)<sup>43</sup>. Profesionalni sport se samofinancira, ali najpoznatiji sportski klubovi nisu organizirani kao sportska privredna društva već kao sportska udruženja.<sup>44</sup>

42 U 2014. godini ostvarivanje sredstava namjenjenih financiranju svih programa ovisit će o priljevu sredstava u proračun Republike Srbije. V. Ministarstvo omladine i sporta <http://www.mos.gov.rs/upload/Odluka%20redovni%20programi%202014.pdf> (posjet 30.11.2013.).

43 V. MIČOVIĆ, Miodrag, Sportsko privredno društvo, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 2/2010., str. 275.-284.

44 Najpoznatiji srpski sportski klub je Fudbalski klub „Crvena zvezda“ iz Beograda, a najviši opći akt Kluba je Statut. Klub je organiziran kao **sportsko udruženje** (čl. 1. Statuta iz 2012. godine). Imovinu Kluba (stadion i drugi sportski tereni, poslovne zgrade, poslovne prostorije, stanovi za nogometaše i druge zaposlene, novčana sredstva, vrijednosni papiri kao i druge nekretnine i pokretne stvari i prava), kao i prihode ostvarene obavljanjem djelatnosti, Klub može koristiti jedino za ostvarivanje ciljeva utvrđenih Statutom (čl. 52. Statuta). Nadalje, iz

## 6. FINANCIRANJE PROFESIONALNOG SPORTA U PRAVU CRNE GORE

I prema crnogorskom Zakonu o sportu (ZSCG)<sup>45</sup>, sport je djelatnost od javnog interesa<sup>46</sup> (čl. 2.). Ostvarivanje *javnog interesa* osigurava Crna Gora i glavni grad, Prijestolnica i općine putem Nacionalnog programa razvoja sporta kojeg svake godine donosi Vlada Crne Gore te općinskih programa razvoja sporta (čl. 12.).

Profesionalni sportaš je osoba koja se bavi sportom kao osnovnom djelatnošću i ostvaruje zaradu na temelju ugovora zaključenog sa sportskom organizacijom koja mu uplaćuje doprinose za socijalno osiguranje. Ako se, međutim profesionalni sportaš sportom bavi samostalno, dakle ako nema zaključen ugovor o radu sa sportskom organizacijom, takav se sportaš registrira kao poduzetnik (čl. 22. ZSCG). Profesionalni sportski klub je privredno društvo jer se osniva za obavljanje sportskih djelatnosti radi ostvarivanja dobiti (čl. 50. ZSCG).<sup>47</sup> Prema čl. 49. ZSCG-a, profesionalni sportski klub se može osnovati, odnosno organizirati po modelu privatno-javnog partnerstva.<sup>48</sup>

Financiranje sporta nalazi se u čl. 87.-90. ZSCG-a. Postoji klasična podjela na izvore financiranja: 1.) javni izvori i 2.) vlastiti izvori. Nacionalni program, kao ključni dokumenta<sup>49</sup> utvrđuje potrebe u sportu i za njihovo ostvarivanje osiguravaju

čl. 53. Statuta proizlazi da se Klub samofinancira (prihodi od utakmica i turnira u zemlji i inozemstvu, TV prijenosa, marketinga, reklama, članarina i drugih izvora u skladu sa zakonom; prihodi od transfera igrača; prihodi od igara na sreću; prihodi od zakupa objekata i prostora Kluba; prihodi od izdavanja publikacija; prihodi od prodaje suvenira Kluba; prihodi od izgradnje sportskih objekata i objekata koji služe Klubu; prihodi od drugih poslova) dok čl. 54. Statuta omogućuje Klubu, samostalno ili s drugim domaćim ili stranim partnerima osnivanje privrednih društava ili drugih oblika privređivanja u skladu sa zakonom i nakon izvršene registracije kod nadležnog tijela. Vidi. <http://www.crvenazvezdafk.com/sr/klub/statut-pravilnici.html> (posjet 05. 01. 2014.). Vrlo sličan Statut ima i Fudbalski klub "Partizan" iz Beograda. Vidi. <http://www.sr.partizan.rs/klub-info/statut-2/> (posjet 15.01.2014.).

45 Službeni list Crne Gore, br. 36/11. i 36/13.

46 Javni interes u sportu predstavlja: 1) poticanje razvoja sporta, posebno kod djece i mladih; 2) stvaranje uvjeta za izgradnju i održavanje sportskih objekata; 3) poticanje djelovanja COK-a i nacionalnih sportskih saveza; 4) osiguranje uvjeta za trening i natjecanja sportaša, sportsko-rekreativne aktivnosti djece, mladih i građana, kao i drugih sportskih aktivnosti koje su u funkciji unaprjeđivanja psihofizičkih sposobnosti građana i prevencije sociopatoloških pojava kod djece i mladih; 5) osiguravanje uvjeta za održavanje međunarodnih natjecanja, posebno na reprezentativnoj razini; 6) vođenje posebne brige o vrhunskim i kategoriziranim sportašima; 7) poticanje sportske aktivnosti osoba s invaliditetom; 8) stvaranje uvjeta za provođenje izvannastavnih sportskih aktivnosti učenika i studenata; 9) poticanje istraživačko-razvojnog, odgojno-obrazovnog i stručnog rada u sportu; 10) druge organizirane i stručno vođene sportske aktivnosti i djelatnosti.

47 Profesionalni sportski klub može se organizirati na dva načina: 1.) osnivanjem profesionalnog sportskog kluba ili 2.) transformacijom amaterskog sportskog kluba u profesionalni sportski klub. Transformacija amaterskog kluba u profesionalni sportski klub može biti obvezna ili dragovoljna.

48 Prema Ministarstvu nauka, obrazovanja i sporta, Uprave za mlade i sport, u Crnoj Gori samo je FK "Budućnost" iz Podgorice registrirani profesionalni klub (dioničko društvo).

49 Vidi detaljnije: <http://www.upravazamladeisport.me/me/nacionalni-program-razvoja-sporta> (posjet 15.01.2014.).

financijska sredstva iz proračuna. Najveći dio sredstava<sup>50</sup> usmjeren je za programe nacionalnih sportskih saveza i Crnogorskog olimpijskog komiteta (oko 70 %), a za programe sportskih klubova, stipendije perspektivnih sportaša, naknade vrhunskim sportašima i premije za ostvarene sportske rezultate (30 %). Visina sredstava za sufinanciranje pojedinih programa na razini države, a posebno na razini lokalne samouprave, nije dostatna.

## **7. INSTITUT TRAJNE NOVČANE NAKNADE U ZAKONU U SPORTU RH**

Slava i priznanja su bit sporta od davnih vremena. No, u potpunoj komercijalizaciji sporta dva su osnovna mjerila: 1) pobjeda i 2) novac. Uz jednokratne novčane nagrade koje država daje vrhunskim sportašima za promociju na globalnoj razini<sup>51</sup>, u državama bivše Jugoslavije sve je više prisutan model doživotnog financiranja vrhunskih sportaša, temeljem relevantnog (kriterijskog) rezultata iz državnih proračuna kada sportaši steknu određenu životnu dob. To je nesporno nasljeđe iz nedavne socijalističke prošlosti koje u državama članicama EU ne postoji. U RH je naknada određena ZS-om iz 2013. a prema uzoru na čl. 123. srpskoga Zakona o sportu (vidi *supra*).

### **7.1. Pojam i glavna obilježja naknade**

Institut naknade uređen je u čl. 81.a Zakonom o sportu te Uredbom o dodjeljivanju trajnih novčanih mjesečnih naknada osvajačima medalja na olimpijskim igrama, paraolimpijskim igrama, olimpijskim igrama gluhih i svjetskim seniorskim prvenstvima u olimpijskim sportovima i disciplinama (Uredba)<sup>52</sup>. Zakonodavac ne daje definiciju pojma naknade, ali iz teksta ZS-a proizlazi da se radi o državnom priznanju u novcu za *poseban* doprinos ugledu RH.<sup>53</sup> Vlada RH svoj prijedlog<sup>54</sup> novog uređenja naknada obrazložila je s tri argumenta: 1.) sportske djelatnosti su, sukladno st. 2. čl. 2. ZS-a djelatnosti od *posebnog interesa* za RH; 2.)

50 U strukturi proračuna Crne Gore financijska sredstva za sport iznose od 0,2 % do 0,3 %.

51 V. Uredba o kriterijima za dodjeljivanje državnih nagrada za vrhunska sportska postignuća, NN, br. 111/12. i 134/12. Kvalitetno rješenje svakako je čl. 6. ove Uredbe prema kojem se državna nagrada dodjeljuje sportašicama i sportašima te djelatnim stručnim osobama (izbornik, trener, sportski liječnik, fizioterapeut, serviser i sl.). To je ujedno i priznanje da je danas uspjeh u sportu rezultat sustavnog timskog rada.

52 NN, br. 113/13.

53 Poseban doprinos ugledu RH treba tumačiti doista vrlo široko (*ekstenzivno*) i u korist sportaša budući da obuhvaća razdoblje i prije 60 godina kada nije bila neovisna RH. U obzir za dodjeljivanje naknada nije uzeta i činjenica da su npr. sve olimpijske medalje do 1988. u Seulu pripale Srbiji.

54 Prijedlog Vlade Republike Hrvatske, [http://www.vlada.hr/hr/naslovnica/sjednice\\_i\\_odluke\\_vlade\\_rh/sjednice\\_i\\_odluke\\_vlade\\_rh/80\\_sjednica\\_vlade\\_republike\\_hrvatske/80\\_8/\(view\\_online\)/1#document-preview](http://www.vlada.hr/hr/naslovnica/sjednice_i_odluke_vlade_rh/sjednice_i_odluke_vlade_rh/80_sjednica_vlade_republike_hrvatske/80_8/(view_online)/1#document-preview) (posjet 15.10.2013.).

sportaši su najbolji promotori RH u inozemstvu te 3.) naknada je zalag za svjetlu budućnost hrvatskoga sporta. S prvim i drugim argumentom teško se ne složiti uz napomenu da država već vrlo bogato vrednuje sva vrhunska sportska postignuća (*izvršnost*) putem jednokratnih nagrada (nagrade za npr. olimpijske medalje su na razini nagrada Njemačke ili SAD-a)<sup>55</sup>. Vezano uz treći argument, vrlo smo suzdržani. *Argumentum a contrario*, bez naknada budućnost hrvatskoga sporta ne bi bila svijetla?

Glavna obilježja naknade su: 1.) doživotnost (trajnost); 2.) financiranje isključivo iz državnog proračuna; 3.) naknada se dodjeljuje za vrhunska sportska postignuća iz prošlosti. Ipak, njeno vrlo bitno obilježje je i to što za korisnika, naknada ne stvara nikakvu dodatnu zakonsku obvezu vratiti nešto u društvenu zajednicu kroz bilo koji način djelovanja. Tako gledajući naknada je **renta** (dohodak bez rada) i može se zvati „sportska renta“, ali nema nikakve veze s mirovinom koja se u cijelom svijetu stječe određenom starosnom dobi i/ili određenim minimalnim stažom temeljem uplata u mirovinski fond. Eventualno, naknada bi se mogla nazivati „sportska mirovina“ ako se, kao državno priznanje daje kao dodatak mirovini zasluženoj po kriterijima koji vrijede za sve državljane RH (kao npr. u Sloveniji).<sup>56</sup> Naknadu ne treba miješati s pojmom državna nagrada za vrhunska sportska postignuća iz čl. 82. ZS-a jer se radi o dva različita pravna instituta među kojima postoji uzročno-posljedična veza jer se naknada neposredno veže uz vrhunsko sportsko postignuće pa naknade nema ako nema vrhunskog sportskog rezultata (*relevantan rezultat*). Bitna razlika sastoji se u tome što je državna nagrada za vrhunska sportska postignuća jednokratna dok je naknada doživotna (trajna). Daljnja se razlika odnosi na krug osoba primatelja. Pravo na naknadu imaju samo sportaši, dok pravo na novčanu nagradu imaju, pored sportaša i izbornici, treneri, liječnici, fizioterapeuti i dr. Razlika se sastoji i u tome što se naknada ostvaruje isključivo na *vlastiti zahtjev* dok se takav zahtjev ne traži u slučaju nagrade za vrhunske rezultate. Konačno, razlika se sastoji i u poreznom položaju isplatitelja jer su nagrade u RH neoporezive, dok na naknade isplatitelj treba platiti davanja državi itd.

55 Za zlatnu medalju na Olimpijskim igrama u Londonu 2012. hrvatski sportaši u pojedinačnim sportovima primili su od RH novčanu naknadu od po 104.000,00 kn neto (oko 19.000,00 USD), a u ekipnim sportovima po 85.000,00 kn (oko 15.500,00 USD). S druge strane, u SAD je nagrada iznosila 25.000 USD bruto, a u Njemačkoj 18.300,00 USD. U Velikoj Britaniji, prema dugogodišnjoj tradiciji nositelji medalja ne primaju nikakvu novčanu naknadu nego zaslužuju priznanja (ordene) od kraljice Elizabete II. V. <http://www.telegraph.co.uk/sport/olympics/9194402/London-Olympics-2012-no-cash-incentives-for-Great-Britains-medallists.html> (posjet 15.10.2013.).

56 Vlada Republike Slovenije donijela je u slučaju proslavljenog košarkaša Ive Daneua poseban *Sklep o izjemnom priznanju in odmeri starostne pokojnije osobi, ki ima posebne zasluge na področju športa* (Uradni list RS, br. 21/2001).



## 7.2. Uvjeti za ostvarivanje naknade

Uvjeti (kriteriji) koji se moraju *kumulativno* ispuniti za ostvarivanje prava na naknadu su značajno izmijenjeni u korist sportaša u odnosu na rješenja iz „starog“ zakona. Kao najvažnije, izbrisana je odredba, o tzv. *imovinskom cenzusu* iz ZS iz 2011., pa se pravo na naknadu daje bez obzira na imovinsko stanje sportaša. Po novom postoje četiri uvjeta: 1.) hrvatsko državljanstvo, 2.) prebivalište u RH, 3.) navršenih 45 godina života i 4.) sportaš nije pravomoćno osuđen na bezuvjetnu kaznu zatvora za počinjeno kazneno djelo. Hrvatsko državljanstvo nije sporan uvjet dok sporan može biti uvjet o prebivalištu u RH. Naime, u bivšoj zajednici Jugoslaviji, a i sada u RH vrhunski sportaši nastupajući za reprezentaciju često mijenjaju klubove, države i kontinente, a time i prebivalište. Stoga je uvjet o prebivalištu u RH upitan jer *diskriminira* malobrojne sportaše koji žive u inozemstvu u odnosu na one koji žive u RH bez obzira što su u trenutku osvajanja olimpijske ili svjetske medalje za reprezentaciju dali jednak doprinos ugledu RH. Treći je uvjet za stjecanje prava na naknadu da sportaš u trenutku podnošenja zahtjeva za stjecanje prava na naknadu ima navršenih 45 godina života jedinstveno za sportašicu i sportaša. To je objektivno vrlo nizak prag posebno za sportaše i značajno je niži u odnosu na zakonsko rješenje iz 2011. (55/60 godina) te predstavlja novu dodatnu povlasticu sportašu. U konačnici, to je bitno odstupanje i od Programa za cjeloživotno učenje (*Lifelong Learning Programme – LLP*) koji upravo javno proklamira Ministarstvo znanosti, obrazovanja i sporta (MZOS), odnosno EU.<sup>57</sup> Radi li se o poruci da je bolje i isplativije baviti se sportom nego baviti se obrazovanjem i znanostu koje djelatnosti zahtjevaju cjeloživotno učenje? Kao četvrti uvjet je da sportaš nije pravomoćno osuđen na bezuvjetnu kaznu zatvora za počinjeno kazneno djelo. Ovaj uvjet znatno je stroži od uvjeta kojeg je Vlada RH predložila Hrvatskom saboru prema kojem se tražilo da sportaš „nije pravomoćno osuđen za kazneno djelo za koje je propisana kazna zatvora u trajanju dužem od pet godina“. S druge strane, „stara“ odredba čl. 81.a ZS-a uopće nije kao uvjet tražila od sportaša dokaz o nepostojanju bilo kakve osude za počinjeno kazneno djelo pa je naknadu mogao dobiti i pravomoćno osuđeni sportaš za počinjeno kazneno djelo. Pravo na naknadu polaže sportaš koji je osvojio medalju na olimpijskim igrama, paraolimpijskim igrama, olimpijskim igrama gluhih i svjetskim seniorskim prvenstvima u olimpijskim sportovima i disciplinama što znači da je proširen krug sportaša koji imaju pravo na nagradu u odnosu na rješenja iz ZS iz 2011., koji je uzimao u obzir **isključivo** nositelje medalja s olimpijskih i paraolimpijskih igara te olimpijskih igara gluhih.<sup>58</sup> Dakle, pravo na naknadu nema sportaš s invaliditetom

57 Ministarstvo znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske, <http://public.mzos.hr/Default.aspx?sec=2935> (posjet 1.7.2013.).

58 Naknada se isplaćuje mjesečno do kraja života sportaša, ne može biti predmet nasljeđivanja, a gubi se ako sportaš više ne ispunjava sve uvjete. Visina naknade veže se uz prosječnu neto plaću po zaposlenom u pravnim osobama u RH koja prethodi stjecanju prava na naknadu prema objavi DZS. Novost je da od sada postoje četiri razreda (100 %, 80 %, 60 % i 40 %) umjesto dasadašnja tri razreda (100 %, 80 % i 60 %) a novina je i da se radi o neto iznosima

koji je osvojio medalje na svjetskim prvenstvima osoba s invaliditetom. Je li time prekršeno međunarodno pravo o zabrani diskriminacije na čije se poštovanje RH pravno obvezala?

### 7.3. *Diskriminacija sportaša s invaliditetom*

Krug osoba koje polažu pravo na naknadu nije dobro riješen u Zakonu o sportu jer postoji *diskriminacija* sportaša s invaliditetom, a što je pravno nedopustivo i na što treba posebno ukazati u ovom dijelu rada.

*Pravna regulacija osoba s invaliditetom jedan je od (naj)osjetljivijih elemenata pravne regulacije, dok je njihov pravni status u društvu pouzdan indikator postignutog stupnja njegove demokratizacije.* UN-ova Konvencija o pravima osoba s invaliditetom<sup>59</sup> najmlađi je dokument o ljudskim pravima koji su Ujedinjeni narodi donijeli 2006. godine, a Hrvatski sabor ratificirao 1. lipnja 2007. godine.<sup>60</sup> Ustav RH osobe s invaliditetom svrstava među osobe o kojima se država posebno skrbi i pomaže njihovu uključivanju u društveni život.<sup>61</sup> Ipak, čl. 81.a Zakona o sportu nije na tragu ustavnopravnih, a niti konvencijskih rješenja jer *diskriminira* paraolimpijce i gluhe sportaše kojima se, za ostvarivanje naknade, za razliku od osoba bez invaliditeta **ne** računaju medalje osvojene na svjetskim seniorskim prvenstvima u paraolimpijskim sportovima i disciplinama te svjetskim seniorskim prvenstvima u olimpijskim sportovima i disciplinama za gluhe. Stoga bi takva odredba mogla doći pod udar zbog kršenja: 1.) Ustava RH; 2.) Konvencije UN o pravima osoba s invaliditetom; 3.) Povelje o temeljnim pravima EU<sup>62</sup>; 4.) Europske Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama (Konvencija o ljudskim pravima);<sup>63</sup> 5.) UFEU, te 6.) samog ZS-u.

---

naknada na koje će isplatitelj (RH) uplatiti pripadajuća davanja prema proračunima. Sukladno predviđenim kriterijima, pravo na naknadu za osvojene medalje na olimpijskim igrama i svjetskim prvenstvima u ovom bi trenutku ostvarilo ukupno 202 sportaša: 1.) 86 sportaša (od čega 50 osvajača zlatnih, 25 srebrnih i 11 brončanih medalja); 2.) 8 sportaša osvajača medalja na paraolimpijskim igrama (od čega 4 osvajača zlatne i 4 brončane medalje); 3.) 38 sportaša osvajača medalja na olimpijskim igrama gluhih (od čega 28 osvajača zlatnih, 1 osvajač srebrene i 9 osvajača brončanih medalja) te 4.) 70 osvajača medalja na svjetskim prvenstvima u olimpijskim sportovima i disciplinama (od čega 19 osvajača zlatnih, 13 osvajača srebrnih i 38 osvajača brončanih medalja). Dakle, umjesto 64 kandidata (živuća sportaša) te iznosa od 5.264.681 kn neto iz „starog“ zakona, sada je 202 kandidata i iznos od 14.468.759 kn bruto što je trostruko veći broj kandidata i novčanih sredstava.

59 „Osobe s invaliditetom su one osobe koje imaju dugotrajna tjelesna, mentalna, intelektualna ili osjetilna oštećenja, koja u međudjelovanju s različitim preprekama mogu sprečavati njihovo puno i učinkovito sudjelovanje u društvu na ravnopravnoj osnovi s drugima.“ (st. 2., čl. 1. UN Konvencije o osobama s invaliditetom).

60 Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom (NN-MU, br. 6/07. i 5/08.).

61 Čl. 58. st. 2. Ustava Republike Hrvatske.

62 Starsbourg, 12. 12. 2007.

63 NN - MU, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.

Naime, čl. 14. Ustava RH sadrži jasno ustavno pravo o jednakosti sviju pred zakonom pa je razumno očekivati da će osobe s invaliditetom kao izravno zainteresirane pokrenuti postupak za ocjenu suglasnosti odredbe čl. 81. a Zakona o sportu s Ustavom.<sup>64</sup> U odnosu na međunarodne propise, RH je potpisala i ratificirala gotovo sve međunarodne izvore koji su relevantni za pravno reguliranje statusa osoba s invaliditetom u društvu.<sup>65</sup> Konvencija UN o pravima osoba s invaliditetom je univerzalnog značenja i zabranjuje „diskriminaciju po osnovi invaliditeta“<sup>66</sup>, a Povelja o temeljnim pravima sadržava konkretna ljudska prava koja obvezuju i Uniju i države članice i propisana su čl. 2. Ugovora o EU-a.<sup>67</sup> Konvencija o ljudskim pravima, kao regionalna konvencija govori o „zabrani diskriminacije“ (čl. 14.1.) dok UFEU, među odredbe koje imaju opću primjenu svrstava borbu protiv diskriminacije na temelju spola, rase, etničkog podrijetla, religije ili uvjerenja, **invaliditeta**, dobi ili spolne orijentacije (čl. 10.).<sup>68</sup> Konačno, i ZS izrijekom određuje da kategorizirani sportaš s invaliditetom, odnosno kategorizirani gluhi sportaš ima sva prava kao i sportaš bez invaliditeta (čl. 54.), da svi sportaši ravnopravno konkuriraju za državne nagrade za vrhunska sportska postignuća (čl. 82. ZS) te da je javna potreba u sportu na državnoj razini poticanje i promicanje sporta osoba s invaliditetom (čl. 75. ZS). Na temelju svega navedenog ne vidi se razlog zbog čega ne bi sportaši s invaliditetom mogli, a na temelju medalja sa svjetskih prvenstava, imati pravo i na naknadu.<sup>69</sup> S druge strane, sportski zakoni Bosne i Hercegovine, Srbije i Crne Gore jednaka prava daju sportašima s invaliditetom kao sportašima bez invaliditeta (opširnije u nastavku rada).

64 Sukladno čl. 35. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (NN, br. 49/02.).

65 V. MRKONJIĆ, Senka, Prava osoba s invaliditetom, IV. izmijenjeno i dopunjeno izd., Udruga osoba s invaliditetom Split, Split, 2009., 98.

66 »Diskriminacija na osnovi invaliditeta« označava svako razlikovanje, isključivanje ili ograničavanje na osnovi invaliditeta koje ima svrhu ili učinak sprečavanja ili poništavanja priznavanja, uživanja ili korištenja svih ljudskih prava i temeljnih sloboda na političkom, ekonomskom, socijalnom, kulturnom, društvenom i svakom drugom području, na ravnopravnoj osnovi s drugima. Ona uključuje sve oblike diskriminacije, uključujući i uskraćivanje razumne prilagodbe.

67 Čl. 2. Ugovora o EU glasi: „Unija se temelji na vrijednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokracije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina. Te su vrijednosti zajedničke državama članicama u društvu u kojem prevladavaju pluralizam, **nediskriminacija** (istaknuo autor), tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost žena i muškaraca.“ Čitav je EU utemeljen na pretpostavci da su navedene vrijednosti zajedničke svim državama članicama, u društvu u kojem prevladavaju pluralizam, nediskriminacija, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost žena i muškaraca. Usp. RODIN, Siniša, Europski sud kao najviši sud Europske unije, Informator, br. 6242-6243, str. 1.-3.

68 V. GRBIĆ, Sanja / BODUL, Dejan / SMOKVINA, Vanja, Diskriminacija osoba s invaliditetom i njihova uključenost u društvo s naglaskom na pravo pristupa sudu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 33, br. 2, 667-693 (2012).

69 Čl.10. srpskoga Zakon o sportu sadrži izričitu odredbu zabranu diskriminacije sportaša po bilo kojoj osnovi. U BiH, novela Zakona o sportu u BiH iz 2009. u cijelosti se odnosi na prava osoba s invaliditetom čime se ona izjednačuju s pravima osoba bez invaliditeta. U Crnoj Gori je vrlo slično uređenje, v. *infra*.

## **8. UREĐENJE TRAJNE NOVČANE NAKNADE U ODABRANIM DRŽAVAMA ČLANICA EU-A**

U pravnoj literaturi nismo pronašli postojanje naknada ili sličnih prava pasivnih vrhunskih sportaša u Njemačkoj<sup>70</sup>, Velikoj Britaniji<sup>71</sup>, Italiji<sup>72</sup>, Grčkoj<sup>73</sup> itd. To je, za najveći krug kapitalističkih država svijeta među kojima su i Sjedinjene Američke Države,<sup>74</sup> nepoznat pravni pojam. Nasuprot tome, naknade u pojedinim državama bivše Jugoslavije (Hrvatska, Srbija i Crna Gora<sup>75</sup>) postoje i isključivo se financiraju iz državnih proračuna, a na teret svih poreznih obveznika. Smatramo da se prije svega radi o populističkim mjerama koje sa suvremenim pravnim uređenjima nemaju veze i na dugi rok imat će negativne učinke potpunom pasivizacijom primatelja naknade.<sup>76</sup> U ovoj je regiji izuzetak Slovenija.

70 U Njemačkoj nema posebnog zakona o sportu, ali je organizacija sporta uzorna i temelji se velikim dijelom na privatnom sektoru. Nagrade za vrhunske sportske rezultate (npr. za olimpijske medalje) daje privatna fundacija *Deutsche Sporthilfe*.

71 Velika Britanija novčano ne nagrađuje svoje vrhunske sportaše. Postoji stoljetna tradicija i snažno shvaćanje sportaša prema kojem je svaka osvojena medalja samo njihov osobni doprinos moći i slavi Velike Bratanije.

72 U Italiji cjelokupno organizaciju sporta vodi Talijanski olimpijski odbor (*Comitato olimpico nazionale italiano* - **CONI**). Italija vodi skrb o aktivnim i pasivnim vrhunskim sportašima. Vrhunski sportaši su bogato nagrađeni za osvajanje medalja na globalnim natjecanjima a nakon završetka aktivnim bavljenjem sportom imaju mogućnost zapošljavanja u državnim službama (carina, policija, vojska i sl.). Ukratko: pasivni vrhunski sportaši nemaju pravo na „olimpijsku rentu“ kao njihove kolege u Srbiji ili Hrvatskoj, ali imaju pravo, ako ispunjavaju određene uvjete i ako žele zaposliti se u javnom sektoru. S druge strane, sportaši mogu, zajedno s klubovima u kojima igraju tijekom natjecateljske karijere uplaćivati doprinose za mirovinsko osiguranje. Na primjer, u nogometu, Talijansko udruženje nogometaša - sindikat (AIC) potpisuje kolektivne ugovore s Talijanskim nogometnim savezom (FIGC) i Profesionalnom ligom (LNP A). u kojem su sadržane i odredbe o fondu za nogometaše u slučaju prestanka karijere. Na snazi je Kolektivni ugovor za razdoblje od 2012.-2015. (*Accordo Colettivo 2012-2015*) koji u članku 24. određuje obvezu klubova uplaćivati doprinos od 7,5 % bruto isplaćene naknade za rad igrača (6,25 % na teret kluba i 1,25% na teret igrača). Dodatno, osniva se i Fond solidarnosti u koji igrači uplaćuju 0,5 % od bruto naknade za rad. Usp. COLUCCI, Michele, *Sports Law in Italy*, Kluwer Law International, The Hague, 2009.

73 Grčka je pradamovina olimpijskih igara gdje je pobjednik primao vijenac od divlje masline. Do 2008. kada je nastupila ekonomska kriza sportaši su imali vrlo povoljan status u društvu, no, nikada nisu imali doživotna prava bez rada. Sada je na snazi Zakon 3833/2010 (broj Službenih novina je 167) koji, između ostalog uređuje da se samo prva tri olimpijska pobjednika (medaljnoše) mogu zaposliti u vojsci kao aktivni pričuvni časnici u rangu poručnika 2. klase. D. P. Panagiotopoulos, *Sports Law Lex Sportiva & Lex Olympica*, Ant. N. Sakkoulas Publishers, Atena 2011.

74 U SAD-u je sport stvar u koju se država načelno ne miješa što znači da se sportske djelatnosti temelje na privatnoj inicijativi. Npr. Professional Golfer Association (PGA), Association of Tennis Professionals, the National Collegiate Athletic Association (NCAA) i United States Olympic Committee (UOSC) su privatne organizacije s autonomnim normama i nisu ograničena s bilo kojim odredbom US Ustava. M. J. Mitten, , *Sport Law in the USA*, Wolters Kluwer, Law & Business, 2011., str. 20.

75 Zakon o sportu, Službeni list Crne Gore, br. 36/11. i 36/13.

76 U Srbiji su privilegije vrhunskim sportašima već proizvele negativne učinke pa je granica s 35 povišena na 40 godina, a treneri više ne mogu računati na „posebna nacionalna priznanja“.

U Republici Sloveniji, koja je država članica EU od 1. svibnja 2004. već godinama traje ozbiljan sukob između vrhunskih sportaša (veslač Iztok Čop, atletičar Primož Kozmus i dr.) s jedne te Ministarstva obrazovanja, znanosti, kulture i športa Republike Slovenije s druge strane. Sportaši naime, po uzoru na kolege iz okruženja traže bezuvjetno naknadu (*pokojninu*) čemu se oštro suprotstavljaju političke vlasti smatrajući da sportaši trebaju, ako to žele nakon završetka aktivne sportske karijere nastaviti, sada kao državni službenici raditi u sportu kao treneri podučavajući mlade sportu. Zakon o športu<sup>77</sup> ne previđa pravo na naknade sportašima, no, sportaši mogu ostvariti dodatna prava temeljem drugih propisa.<sup>78</sup>

## **9. UREĐENJE TRAJNE NOVČANE NAKNADE U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE**

Za izuzetan doprinos u razvoju sporta i afirmaciji BiH dodjeljuju se državne nagrade za sport (čl. 69. ZS BiH). Vijeće ministara BiH, na prijedlog Ministarstva civilnih poslova BiH donijelo je Odluku o ustanovljavanju Državne nagrade za sport Bosne i Hercegovine.<sup>79</sup> Temeljem te Odluke te Bližih kriterija za dodjelu Državne nagrade za sport BiH, Ministarstvo civilnih poslova BiH raspisuje javni natječaj za dodjelu Državne nagrade za sport BiH koja se, između ostalih može dodijeliti sportašima državljanima BiH za izuzetno uspješan rad u području sporta, osvajanje medalje na olimpijskim igrama, paraolimpijskim igrama, svjetskim i europskim prvenstvima u olimpijskim sportovima, sportašima koji su nositelji svjetskog i europskog rekorda u olimpijskim sportovima, Mediteranskim igrama i europskim i svjetskim klupskim natjecanjima. Državne nagrade daju se u novcu. U BiH međutim ne postoji „trajna novčana naknada“ kao u Hrvatskoj, odnosno ne postoji „nacionalno sportsko priznanje“ kao u Srbiji ili „naknada“ u Crnoj Gori.

## **10. UREĐENJE NACIONALNOG SPORTSKOG PRIZNANJA U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE**

Naknada je najprije ozakonjena u Republici Srbiji Zakonom o sportu iz 1996. kao „nacionalno sportsko priznanje“ (čl. 71.). Vlada Republike Srbije donijela je, temeljem zakonskih ovlasti tri uredbe u 2006., 2009. i 2013. godini kojima je detaljnije uredila ovu materiju.<sup>80</sup> U Srbiji je sada na snazi Zakon o sportu koji

77 Uradni list Republike Slovenije, br. 22/98. i 15/03.

78 Tako JAGODIĆ, Tone, Slovenski olimpijski odbor, umnoženi rukopis (2012.).

79 Službeni glasnik BiH, br. 2/09.

80 Prva je Uredba o nacionalnim priznanjima i nagradama za poseban doprinos razvoju i afirmaciji sporta (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 65/06. i 6/07). Ova Uredba određuje da se sportašima kao i njihovim trenerima (glavnom treneru ekipe, treneru sportaša), državljaninu Republike Srbije dodjeljuje nacionalno sportsko priznanje u vidu diplome i doživotnog mjesečnog novčanog primanja. Nositelj zlatne medalje na olimpijskim igrama, paraolimpijskim

određuje da naknada pripada isključivo sportašima. Međutim, za razliku od hrvatskoga Zakona o sportu, u krugu osoba koje polažu pravo na „nacionalno sportsko priznanje” su osobe s invaliditetom, bilo kao osvajači medalja s paraolimpijskih igrama ili svjetskih i europskih prvenstava u paraolimpijskim sportskim disciplinama. Drugim riječima, Zakon o sportu Republike Srbije ne sadrži diskriminatorne odredbe u odnosu na sportaše s invaliditetom.

Dakle, naknada pripada sportašima, državljanima Republike Srbije koji kao reprezentativci Republike Srbije osvoje medalju na Olimpijskim igrama, Paraolimpijskim igrama, šahovskoj olimpijadi, svjetskim i europskim prvenstvima u olimpijskim i paraolimpijskim sportskim disciplinama, ili su bili, odnosno bit će nositelji svjetskog rekorda u olimpijskim i paraolimpijskim sportskim disciplinama, ili postanu osvajači DAVIS cup-a ili FED cup-a Međunarodne teniske federacije, a nakon navršenih 40 godina života (čl. 123.). Prema st. 4. čl. 2. Uredbe iz 2013. godine, osnov za nagradu i naknadu je „relevantan sportski rezultat”.

Sportaši i treneri koji su stekli pravo na nacionalno priznanje do dana stupanja na snagu ovog zakona, nastavljaju ostvarivati pravo u skladu s propisom po kojem su ga stekli (čl. 187. ZSS).

## **11. UREĐENJE NAKNADE U PRAVU CRNE GORE**

Čl. 24. ZSCG definira vrhunskog sportaša. To je crnogorski državljanin koji je kao reprezentant Crne Gore ostvario, u pojedinačnoj ili ekipnoj konkurenciji, prvo, drugo ili treće mjesto na olimpijskim igrama, paraolimpijskim igrama, jedinom službenom svjetskom ili europskom seniorskom prvenstvu u određenom sportu koji je na programu olimpijskih igara i paraolimpijskih igara. Takav sportaš ima pravo i na naknadu (čl. 25. ZSCG). Naknada je doživotna mjesečna naknada u visini od jedne polovice do dvije prosječne mjesečne neto zarade u Crnoj Gori za godinu koja prethodi godini u kojoj se vrši isplata naknade. Pravo na naknade, pored vrhunskoga sportaša ima i selektor seniorske reprezentacije Crne Gore u ekipnom sportu koja je ostvarila vrhunski rezultat. Za selektora je ZSCG propisao i dodatne uvjete. On, naime mora biti crnogorski državljanin te je vodio seniorsku reprezentaciju Crne Gore najmanje dvije godine prije ostvarivanja vrhunskog rezultata. Treća osoba u

---

igrama, šahovskoj olimpijadi ili za svjetski rekord u olimpijskom sportu pripada nagrada u visini tri (3) prosječne neto zarade u Republici Srbiji. Sportaš ostvaruje pravo na naknadu kada napuni 35. godina života. Međutim, druga Uredba o nacionalnim priznanjima i nagradama za poseban doprinos razvoju i afirmaciji sporta (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 24/09. i 88/09.) reducirala je pravo na naknadu samo na sportaše s tim da je proširen krug i na: 1.) paraolimpijce (osvajači medalja na paraolimpijskim igrama, svjetskim i europskim prvenstvima u paraolimpijskim sportskim disciplinama te nositelja svjetskih rekorda), 2.) osvajače DAVIS cup - a i 3.) osvajače FED cup -a. Granica za dodjeljivanje naknade određena je na 40 godina. Usp. ŠUPUT, Dejan, Reform of legal framework regulating sports in the Republic of Serbia, Institute of Comparative Law, Beograd, 2009. Treća je Uredba o nacionalnim sportskim priznanjima i novčanim nagradama (Službeni glasnik RS, br. 8/2013.).

krugu osoba koja zaslužuje naknadu je izabrani sportaš godine pod uvjetom da je crnogorski državljanin.

Pravo na isplatu naknade, ali samo po jednoj osnovi stječe se nakon navršenih 40 godina života. Sredstva za isplatu naknada osiguravaju se u državnom proračunu Crne Gore jer je to javni interes u sportu.

## 12. ZAKLJUČAK

Temeljna karakteristika profesionalnog bavljenja sportom, uz natjecateljsku dimenziju je stjecanje financijske dobiti od sportskih aktivnosti. Stoga bi se profesionalni sport morao financirati isključivo iz privatnih izvora, bez pomoći lokalnog i/ili državnog proračuna. U zemljama članicama EU-a profesionalni sport se samofinancira, dok u zemljama bivše SFRJ, odnos država – profesionalni sport još uvijek nije transparentan zbog postojanja, tzv. *kombiniranog* modela financiranja sporta (javni i privatni sektor).

Financiranje profesionalnog sporta iz javnih izvora u RH od 1.srpnja 2013. mora biti sukladno propisima o državnim potporama u EU kojima je zabranjena dodjela državnih potpora kojima se narušavaju pravila o tržišnom natjecanju iz Glave VII. Poglavlja 1. UFEU (*Rules on Competition*). Nije dopuštena nikakva državna financijska potpora ako se odobrava za gospodarsku djelatnost profesionalnog sporta. Međutim, državna potpora dana za rad mladih i omladinskih škola te za izgradnju sportskih objekata šireg društvenog značaja ne predstavlja nezakonitu državnu potporu. Državnom potporom ne smatra se niti financiranje profesionalnih sportskih klubova (*poduzetnika*) ako se takvo financiranje odnosi na potpore male vrijednosti do 200.000 eura u trogodišnjem razdoblju. Financiranje amaterskog sporta iz državnih izvora, jer nema utjecaja na trgovinu između država članica EU-a nije ničim ograničeno.

U drugim državama regije (BiH, Srbija i Crna Gora) europska pravila još uvijek nisu obvezujuća. Zbog odredbe da je sport *javni interes*, potpuno je nejasan odnos države prema profesionalnom sportu. Naime, u BiH više od 90 % svih potreba u sportu financira se iz proračuna državnog aparata, entiteta, kantona i gradova, odnosno općina dok je privatno poduzetništvo u profesionalnom sportu tek u postupku afirmacije. Jednako tako, sport se velikim dijelom financira i iz proračuna Republike Srbije što se, međutim, ne odnosi na profesionalni sport koji se samofinancira. U Crnoj Gori, sport se u stvarnosti velikim dijelom oslanja na javni novac, uz vrlo skromne naznake o profesionalnom sportu na temeljima poduzetništva i privrednih društava.

Dakle, u svim promatranim bivšim državama SFRJ potrebna je velika *transformacija* od javnog prema privatnom sektoru financiranja sporta, osobito profesionalnog budući da su u državama članicama EU-a u strukturi izvora financiranja sporta na prvom mjestu sredstva iz privatnih izvora (65,67 % od ukupnih izvora).

U Hrvatskoj je, prema uzoru na srpski Zakon o sportu uvedena naknada za bivše vrhunske sportaše putem ZID ZS iz 2013. i Uredbe. U pitanju je još jedan ostatak iz socijalističke prošlosti zemalja iz bivše federacije Jugoslavije jer istog ili sličnog instrumenta nema u državama članicama EU-a (izuzetak je Mađarska). Pravo na naknadu, prema hrvatskom ZS, nemaju međutim sportaši s invaliditetom za medalje osvojene na svjetskim prvenstvima osoba s invaliditetom. Takva, u biti *diskriminatorna* odredba je protivna međunarodnom i hrvatskom pravu. Pravna regulacija položaja osoba s invaliditetom jedan je od (naj)osjetljivijih elemenata pravne regulacije, dok je njihov pravni status u društvu pouzdan pokazatelj postignutoga stupnja njegove demokratizacije. S druge strane, sportski zakoni BiH, Srbije i Crne Gore jednaka prava daju sportašima s invaliditetom kao sportašima bez invaliditeta.



## Summary

### **STATE AID TO PROFESSIONAL SPORT AND CONTINUAL MONETARY FUNDING: CROATIAN EXPERIENCES AND REGIONAL TENDENCIES**

Financing of the professional sport from public resources in Republic of Croatia since 1. 7. 2013. has to be in accordance with regulations of State aids in European Union by which is forbidden to give State aids by whose rules about market competition are spoiled in Head VII. Chapter 1. UFEU (*Rules on Competition*).

New rules about compensations for ex top athletes are finally authorized in Croatia in 2013. according to model of Serbian sport law. However it is essential to emphasize that athletes with a disability who won medals at world championships for athletes with a disability don't have rights for compensations. This discriminatory regulation is against international and Croatian law. Sport laws in Bosnia and Herzegovina, Serbia and Montenegro give same rights to athletes with a disability and to athletes without disability.

**Key words:** *state aids to professional sport in EU, sport financing in the ex Yugoslavia states, compensations, supression of discrimination of athletes with a disability.*

## Zusammenfassung

### **STAATLICHE BEIHILFEN FÜR PROFESSIONELLEN SPORT UND REGELMÄSSIGE VERGÜTUNGEN: KROATISCHE ERFAHRUNGEN UND REGIONALE TENDENZEN**

Finanzierung des professionellen Sports aus öffentlichen Quellen in der Republik Kroatien ist seit 1. Juli 2013 an die Vorschriften über die aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen in der EU anzugleichen, nach welchen die staatlichen Beihilfen, welche die Regeln des Wettbewerbs aus Titel VII Kapitel I AEUV (Wettbewerbsregeln) verfälschen, verboten sind. In den EU-Mitgliedsstaaten wird professioneller Sport selbst finanziert; die meisten Mittel in der Struktur von Quellen der Sportfinanzierung stammen aus Privatquellen (65,67% von allen Quellen). In Ländern des früheren Jugoslawien andererseits leistet der Staat keine Beihilfe für professionellen Sport durch das öffentliche Geld, aber er bleibt weiterhin der Hauptfinanzier des Sports, einschließlich der Auszahlung von regelmäßigen Vergütungen in Ländern, wo es sie gibt (Serbien, Kroatien, Montenegro). Demzufolge braucht man in der ganzen Region große Änderungen bezüglich der sozialistischen Gewohnheiten aber auch bezüglich der sportrechtlichen Vorschriften.

Nach dem Modell aus serbischem Gesetz wurden in Kroatien im Jahr 2013 letztendlich neue Regeln über Vergütungen an ehemalige Spitzensportler gesetzt.

Die Sportler mit Behinderung, die Medaillen an Weltmeisterschaften für Personen mit Behinderung gewonnen haben, haben aber kein Recht auf Vergütung. Solche diskriminatorische Bestimmung verstößt gegen das Völkerrecht und das kroatische Recht. Sportgesetze in Bosnien und Herzegowina, in der Republik Serbien und in Montenegro gewährleisten gleiche Rechte für Sportler mit Behinderung sowie für Sportler ohne Behinderung.

**Schlüsselwörter:** *staatliche Beihilfen für professionellen Sport in der EU, Finanzierung des Sports aus dem Staatshaushalt in Ländern des ehemaligen Jugoslawien, Vergütungen, Verbot der Diskriminierung von Sportlern mit Behinderung.*

### RIASSUNTO

## **GLI AIUTI DI STATO ALLO SPORT PROFESSIONALE E LE INDENNITÀ PECUNIARIE PERMANENTI: ESPERIENZE CROATE E TENDENZE REGIONALI**

Il finanziamento dello sport professionale da fonti pubbliche nella Repubblica di Croazia dal 01.07.2013 deve essere conforme alle norme in materia di aiuti di stato nell'UE, con le quali è vietata l'attribuzione di aiuti di stato volti a violare le regole concernenti la tutela della concorrenza ai sensi del Capo VII, capitolo I del TFUE (Rules on Competition). Di norma negli stati membri dell'UE lo sport professionale si autofinanzia, mentre nella struttura delle fonti di finanziamento dello sport in generale al primo posto si trovano mezzi derivanti da fonti private (65,67% delle fonti totali). D'altra parte, nei paesi dell'ex-Jugoslavia lo stato in via di principio non finanzia lo sport professionale mediante denaro pubblico, però esso è ancora oggi il principale finanziatore dello sport, includendo anche le indennità pecuniarie permanenti, laddove esse ancora esistano (Serbia, Croazia e Montenegro). Pertanto in tutta la regione si rendono necessari grandi cambiamenti con riguardo alle abitudini retaggio del socialismo, come anche con riguardo alla legislazione del diritto sportivo.

In Croazia, in base al modello serbo della legge sullo sport, finalmente nel 2013 hanno trovato legittimazione le nuove regole sull'indennità per gli ex-campioni sportivi. Tuttavia, il diritto all'indennità non spetta ai campioni disabili, che abbiano vinto delle medaglie in competizioni mondiali per sportivi disabili. Una disposizione sì discriminatoria è contraria al diritto internazionale ed al diritto croato. Le legislazioni sportive della Bosnia ed Erzegovina e del Montenegro conferiscono eguali diritti a tutti gli sportivi a prescindere dalla disabilità.

**Parole chiave:** *aiuti di stato allo sport professionale nell'UE, finanziamento pubblico dello sport nei paesi dell'ex-Jugoslavia, indennità, divieto di discriminazione degli sportivi disabili.*

## PROMJENE REGULATORNOG OKVIRA NJEMAČKOG DRUŠTVA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU KAO POSljedICA REGULATORNE KONKURENCIJE U PODRUČJU PRAVA DRUŠTAVA MEĐU DRŽAVAMA ČLANICAMA EUROPSKE UNIJE

Sanja Gongeta, mag. iur., predavač  
Veleučilište Lavoslav Ružička u Vukovaru

UDK: 347.724::061.1EU  
Ur.: 24. travnja 2014.  
Pr.: 30. lipnja 2014.  
Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*U radu se analizira pozadina i tijek najveće reforme njemačkoga regulatornog okvira društava s ograničenom odgovornošću s posebnim naglaskom na omogućavanje osnivanja inačice društva s ograničenom odgovornošću, tzv. Mini GmbH. Ukazuje se na presude Europskog suda ključne za potvrđivanje prava slobode poslovnog nastana i razvoj regulatorne konkurencije u području prava društava među državama članicama Europske unije. Komparativno se prikazuju pravno uređenje njemačke inačice društva s ograničenom odgovornošću i njegovog najvećeg konkurenta, engleskog Limiteda. Pokušava se odgovoriti na pitanje je li njemački zakonodavac uspio zaštititi društvo s ograničenom odgovornošću od zlorabe u poslovanju te ga deregulacijom i modernizacijom učiniti atraktivnijim u odnosu na inozemne konkurentne prave oblike. Konačno, analiziraju se implikacije regulatornog natjecanja na pravo društava Republike Hrvatske kao najmlađe članice Europske unije.*

**Ključne riječi:** *modernizacija društva s ograničenom odgovornošću, sloboda poslovnog nastana, regulatorna konkurencija, reforma prava društava, jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću.*

### **1. UVODNO**

Nakon više od stoljeća uspješne regulacije prava društava, posebice društva s ograničenom odgovornošću, njemački Savezni parlament (Bundestag) usvojio je 28. lipnja 2008. godine prijedlog zakona namijenjenog modernizaciji njemačkog prava društava. Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung

von Missbräuchen<sup>1</sup> (dalje u tekstu i MoMiG) predstavlja prekretnicu<sup>2</sup> u regulaciji osnivanja najčešće biranog oblika trgovačkog društva u Njemačkoj. Ono što ga čini najčešće biranim oblikom društva je njegova pravna elastičnost zbog koje omogućuje ostvarivanje različitih ciljeva te je do 2007. godine u Njemačkoj osnovano gotovo milijun društava s ograničenom odgovornošću.<sup>3</sup>

Primarni cilj njemačkog zakonodavca bio je omogućiti poduzetnicima fleksibilnije, jeftinije i brže osnivanje društva s ograničenom odgovornošću te privući i zadržati njemačke, ali i poduzetnike iz ostalih država članica Europske unije.<sup>4</sup>

Reforma je donijela nekoliko velikih i potpuno novih promjena u dotadašnjem njemačkom pravnom okviru društava s ograničenom odgovornošću.

Najveća novina koju je MoMiG donio njemačkoj poslovnoj praksi, a na koju je stavljen naglasak u ovom radu, svakako je mogućnost osnivanja novog oblika društva s ograničenom odgovornošću, tzv. *Unternehmersgesellschaft* ili *UG - haftungsbeschränkt* (dalje u tekstu: Mini GmbH/ mini društvo s ograničenom odgovornošću.) sa smanjenim temeljnim kapitalom potrebnim za osnivanje. Naime, odredbama MoMiG-a za osnivanje društva s ograničenom odgovornošću omogućeno je osnivanje oblika društva s ograničenom odgovornošću za koje je dostatno minimalnih 1,00 euro. Također, navedenim izmjenama omogućeno je novoosnovanom društvu s ograničenom odgovornošću da svoje područje djelovanja nakon osnivanja ne mora nužno usmjeriti na njemački zemljopisni prostor. Tako, osim sjedišta koje je unutar državnih granica Njemačke, novoosnovani Mini GmbH ne mora imati nikakve druge poveznice s matičnom državom i može djelovati bilo gdje na području Europske unije čime se odstupilo od doktrine stvarnog sjedišta društva u njemačkom pravu.

Pravno gledano, MoMiG predstavlja regulatornu konkurenciju društava s ograničenom odgovornošću u odnosu na ostale države članice Europske unije, posebice englesko društvo s ograničenom odgovornošću<sup>5</sup> te prema mišljenju samog zakonodavca uvelike pridonosi konvergenciji<sup>6</sup> uređenja prava društava.

Uvodnim prikazom odluka Europskog suda u predmetima ključnim za potvrđivanje slobode poslovnog nastana i poduzetničkog kretanja u okviru granica Europske unije, zajamčenim Ugovorom o funkcioniranju Europske unije, pokušat ćemo ukazati na osnovne razloge razvoja regulatornog natjecanja među državama

1 Hrv.: Modernizacijski zakon društava s ograničenom odgovornošću i sprječavanje njegove zlorabe (slobodan prijevod autora).

2 Bachmann, Gregor: Introductory Editorial: Renovating the German Private Limited Company – Special Issue on the Reform of the GmbH, *German Law Journal*, Vol. 9, No. 9, str. 1063.

3 Beurskens, Michael, Noack, Ulrich: The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?, 2008., *German Law Journal*, Vol. 9, No. 9, str. 1069.

4 Gesetzentwurf der Bundesregierung; Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), Drucksache 16/6140 str. 1. dostupno na: [http://www.gmbhr.de/heft/12\\_07/MoMiG\\_RegE\\_230507.pdf](http://www.gmbhr.de/heft/12_07/MoMiG_RegE_230507.pdf) (02.02.2014.).

5 eng. *limited liability company*.

6 Gesetzentwurf der Bundesregierung; Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), op. cit., str. 5.

članicama i reforme prava društava koje su uslijedile nakon toga. Jedno od pitanja koje se, slijedom toga postavlja je, je li praksa Europskog suda u slučajevima potvrđivanja slobode poslovnog nastana i izazivanjem regulatorne konkurencije među državama članicama negativno utjecala na proces usklađivanja prava društava unutar granica Europske unije ili mu doprinosi!

U radu se posebice analizira pozadina i tijek, za mnoge revolucionarnih, izmjena njemačkog prava društava s ograničenom odgovornošću i najznačajnije odrednice za osnivanje mini društva s ograničenom odgovornošću predviđene MoMiG-om.

Nadalje, komparativnim prikazom zakonskih propisa kojima se uređuje inačica klasičnog njemačkog društva s ograničenom odgovornošću i njegova najveća konkurenta, engleskog društva s ograničenom odgovornošću pokušava se dati odgovor na pitanje je li njemački zakonodavac uspio u regulatornoj utakmici sustići atraktivna rješenja predviđena u nacionalnom i supranacionalnom uređenju prava društava.

Konačno, iznose se implikacije regulatornog natjecanja u okviru prava društava unutar granica Europske unije, s posebnim osvrtom na Republiku Hrvatsku kao najmlađu članicu.

## **2. REGULATORNO NATJECANJE U PODRUČJU PRAVA DRUŠTAVA**

Na samom početku poglavlja pokušat ćemo pojasniti sam pojam regulatornog natjecanja (*eng. regulatory competition*), ukazati na razloge njegova razvoja i učinke te odgovoriti na pitanje što dakle, u konačnici, određuje izbor prava u okviru kojega poduzetnici žele poslovati?

Svojevrsno natjecanje između država očituje se u različitim oblicima i u različitim segmentima. Razlike među pravnim uređenjima pojedinih država nisu uvijek posljedica prirodnog, unutarnjeg razvojnog procesa sustava, već su ponekad uzrokovane vanjskim utjecajima, posebice regulatornim uspjehom nekoga stranog pravnog sustava.<sup>7</sup> Prvi značajniji pokazatelji natjecanja među državama u regulaciji prava društava vidljivi su u Sjedinjenim Američkim Državama od sredine sedamdesetih godina prošloga stoljeća gdje su države olakšavale osnivanje trgovačkih društava fleksibilnijim pravnim standardima.<sup>8</sup> Razlike u uvjetima potrebnim za osnivanje trgovačkog društva između država poslovni subjekti su koristili u svoju korist te se odlučivali za fleksibilnije nacionalno zakonodavstvo. Navedeno je dovelo do želje zakonodavca za što atraktivnijom i uspješnijom regulacijom prava društava što je u konačnici rezultiralo različitim pravnim standardima. Takvo namjerno stvaranje pravnih različitosti u uređenju istoga

7 Sachdeva, Amit: *Regulatory competition in European company law*, EUR J Law Econ, (2010), 30, str. 137., 138.

8 Loc. cit.

područja uzrokovano željom zakonodavca za iskorištavanjem prednosti i, slijedom toga, ostvarivanjem konkretne koristi možemo smatrati regulatornim natjecanjem.<sup>9</sup> Regulatorno natjecanje moguće je još definirati i kao natjecanje među državama u okviru zakonodavnih ovlasti radi privlačenja novih ulaganja i proizvodnje pružajući potencijalnim poslovnim subjektima bolje definiran pravni oblik za obavljanje njihove djelatnosti.<sup>10</sup> Glede opravdanosti i koristi regulatornog natjecanja nisu usuglašeni stavovi među pravnim teoretičarima i najčešće se kao primjer koristi slučaj države Delaware u Sjedinjenim Američkim Državama. Izostankom uređenja prava društava na razini federacije, svaka od država SAD-a sama uređuje pravila osnivanja i djelovanja trgovačkih društava.<sup>11</sup> Krajem devetnaestog stoljeća, američke države New Jersey i Delaware modernizirale su uvjete osnivanja trgovačkih društava radi zadržavanja poduzetnika na svom području.<sup>12</sup> To je dovelo do situacije da je od svih trgovačkih društava aktivnih na burzi u New Yorku, gotovo polovica osnovana u Delaware - u što ovu državu čini vodećom prema ukupnom broju novoosnovanih trgovačkih društava u SAD-u.<sup>13</sup> Zagovornici regulatornog natjecanja, odnosno tzv. „*race to the top*“ teorije, ističu kako ono dovodi do učinkovitosti u području prava društava. Prije svega, navode kako postojanje razlika među nacionalnim zakonodavstvima pruža poduzetnicima mogućnost izbora između pravnih oblika koji najviše odgovaraju njihovim potrebama. Nadalje, smatra se kako konstante pravne inovacije dovode do trajnog usavršavanja prava društava u svakoj od država. Konačno, u korist regulatornog natjecanja ističe se kako, gledano s pravno - političkog stajališta, ono onemogućuje svojevrzne monopole s obzirom na to da poduzetnici mogu birati pravo društava druge države.<sup>14</sup>

Nasuprot ovakvom stajalištu, protivnici regulatornog natjecanja smatraju kako ono dovodi do srozavanja pravnog standarda, odnosno „*race to the bottom*“ učinka. Priznaju li se pravnim proizvodima karakteristike javnog dobra, države mogu međusobno doslovno kopirati rješenja iz drugih nacionalnih zakonodavstava bez ikakvih posljedica što se ne može smatrati poboljšanjem prava društava takve države.<sup>15</sup> Nadalje, protivnici regulatornog natjecanja ističu posebnu osjetljivost poduzetnika na financijski segment što dovodi do odabira prava društava one države koja zahtijeva najmanje izdatke.<sup>16</sup> Nameće se pitanje je li u tom slučaju pri izboru zakonodavstva i pravnog oblika ključan element njegova kvaliteta ili nizak stupanj

9 Loc. cit.

10 U teoriji se razlikuju „*race to the bottom*“ i „*race to the top*“ regulatorno natjecanje. O tome opširnije: Sachdeva, A. op. cit., str. 142. - 146.

11 Mock, Sebastian: Harmonization, Regulation and Legislative Competition in European Corporate Law, 3 German Law Journal, (2002), str. 3.

12 Ringe, Wolf Georg.: Corporate Mobility in the European Union – a Flash in the Pan?, University of Oxford, Legal Research Paper Series, Paper No 34/2013., str. 13., bilj. 73.

13 Loc. cit.

14 Heine, Klaus: Regulatory Competition between Company Laws in the European Union: the Überseering Case, Intereconomics, March/April 2003, str. 104., 105.

15 Loc. cit.

16 Loc. cit.

zahtjeva! I dok neki teoretičari slučaj Delaware - a ističu kao primjer „*race to the bottom*“ učinka, pobornici oprečnog stajališta upravo ovakvu mogućnost izbora povoljnijeg zakonodavnog okvira smatraju jednom od prednosti regulatornog natjecanja.<sup>17</sup> Zbog visoke koncentracije i brzog povećanja broja novoosnovanih trgovačkih društava, u Delaware - u je, naime iznimno razvijena sudska praksa, a samim tim i visoka zakonska sigurnost što se ističe kao još jedna od prednosti regulatornog natjecanja. Ulagачi, naime, ne ulažu u trgovačka društva osnovana u državama s niskom razinom zaštite vlasničkih prava i prava vjerovnika. Slijedom toga, mala zainteresiranost ulagača negativno djeluje na tržište kapitala što u konačnici dovodi do preuzimanja ili stečaja društva.<sup>18</sup> Regulatorno natjecanje može imati potpuni učinak samo ako poduzetnici imaju mogućnost slobodnog izbora između nacionalnih zakonodavnih rješenja bez ograničenja uz stvarno sjedište društva. Među državama članicama Europske unije regulatorno natjecanje postalo je značajnije korištenjem slobode poslovnog nastana koju kao privilegij uživaju njene države članice.

Sloboda poslovnog nastana trgovačkih društava zajamčena je odredbama Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU) i regulirana čl. 49. do 55.<sup>19</sup> U praksi se očituje ili u obliku a) primarnog poslovnog nastana osnivanjem novoga trgovačkog društva ili prenošenjem mjesta s kojeg se upravlja društvom u drugu državu članicu ili b) sekundarnog poslovnog nastana, koje podrazumijeva osnivanje društva kćeri, podružnice ili zastupstva u drugoj državi članici.<sup>20</sup> Sloboda kretanja kapitala i poslovnog nastana, učinilo je područje Europske unije tržištem na kojem države članice međusobno konkuriraju propisivanjem povoljnijih uvjeta za osnivanje trgovačkih društava.<sup>21</sup>

### **3. UTJECAJ PRAKSE EUROPSKOG SUDA NA REGULATORNO NATJECANJE DRŽAVA ČLANICA EUROPSKE UNIJE**

Stagniranje u zakonodavnoj regulaciji pokazalo se kao problem unutar granica Europske unije povećanjem broja država članica, kada je bilo sve teže pronaći kompromisno rješenje između nacionalnih propisa u području prava društava.<sup>22</sup>

Značajno je ukazati na praksu Europskog suda koja je doprinijela deregulaciji prava društava u državama članicama radi povećanja njihove međusobne konkurentnosti, ali i uvelike utjecala na modernizaciju ovog segmenta prava.

17 Mock, S., op. cit., str. 3.

18 Loc. cit.

19 Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version 2012) OJ C 326.

20 Horak, Hana, Dumančić, Kosjenka, Pecotić Kaufman, Jasminka: Uvod u europsko pravo društava, Zagreb, Školska knjiga, 2010., str. 104., o ostvarivanju prava poslovnog nastana inozemnih trgovačkih društava u Republici Hrvatskoj vidjeti u: Petrović, Siniša, Ceronja, Petar: Osnove prava društava, Zagreb, Školska knjiga, 2013., str. 26., 27.

21 Odredbom čl. 54. UFEU – a pod trgovačkim društvom smatraju se društva osnovana u skladu sa zakonom neke države članice čiji se registrirani ured, središnja uprava ili glavno mjesto poslovanja nalazi unutar Zajednice.

22 Mock, S. op. cit., str. 3.

U procesu modernizacije uređenja prava društava u zakonodavnim sustavima unutar granica Europske unije te napuštanju teorije sjedišta<sup>23</sup> društva najveći utjecaj imale su odluke Europskog suda u predmetima *Centros*<sup>24</sup>, *Überseering*<sup>25</sup>, *Inspire Art*<sup>26</sup> i *SEVIC*<sup>27</sup>. U navedenim sudskim odlukama, izražen je stav da se trgovačkom društvu osnovanom prema pravu jedne od država članica, ne može primjenom pravnih propisa druge države članice, u kojoj to trgovačko društvo obavlja svoju gospodarsku djelatnost ili ima svoje stvarno sjedište, utjecati na pravnu osobnost. Takav je stav omogućio osnivačima trgovačkih društava osnivanje društva u državi članici s jednostavnijim i jeftinijim postupkom osnivanja. Kako se u dosadašnjoj poslovnoj praksi pokazalo, upravo brži postupak pri registraciji društva, kao i (makar minimalne) razlike pri propisanom iznosu najnižeg temeljnog kapitala potrebnog za njegovo osnivanje uvelike utječu na izbor zemlje članice u kojoj će se društvo osnovati.<sup>28</sup>

23 Prema Bouček, Vilim: Osobni statut trgovačkog društva i specifičnih europskih trgovačkih društava u europskom međunarodnom privatnom pravu, Zbornik PFZ, 56, Posebni broj, 129-164 (2006), str. 132.-134., razlikujemo teoriju sjedišta i teoriju inkorporacije društva. Prema teoriji osnivanja, pravna i poslovna sposobnost trgovačkog društva, ocjenjuje se prema odredbama prava države u kojoj je osnovano. Za priznavanje pravne sposobnosti, pravna osoba mora biti uređena u skladu s propisima države osnivanja, posebice u skladu s odredbama o registraciji pravne osobe. U pravilu nacionalno pravo države osnivanja propisuje da se u statutu kao pravnom aktu o osnivanju pravne osobe za sjedište određuje mjesto na području države osnivanja, no posljedica toga je onda da se prema teoriji sjedišta statutarno sjedište pravne osobe nalazi u državi osnivanja.

Prema teoriji stvarnog sjedišta, osobni statut pravne osobe ocjenjuje se po pravu države u kojoj se nalazi njezino stvarno sjedište. Budući da je sjedište pravne osobe središnja točka iz koje izlazi njezina aktivnost, i za trgovačko je društvo odlučujuće odrediti stvarno, po vođenju posla izvana vidljivo sjedište. Kako se činjenica postojanja višestrukih sjedišta pravnih osoba ne bi zlorabila, kao osobni statut trgovačkog društva, odnosno pravne osobe, određuje se pravo države u kojoj se nalazi njezino stvarno sjedište, odnosno sjedište njezine glavne uprave.

24 Judgment of the Court of 9 March 1999. - *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* - Case C-212/97, European Court Reports 1999, Part I, page 1459

25 Judgment of the Court of 5 November 2002. - *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Case C-208/00, European Court Reports 2002, Part I, page 9919

26 Judgment of the Court of 30 September 2003. *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.*, Case C-167/01, European Court Reports 2003, Part I, page 10155

27 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 December 2005. *SEVIC Systems AG.*, Case C-411/03, European Court Reports 2005., Part I, page 10805

28 Becht, Marcus, Mayer, Colin, Wagner, Hannes: Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of entry, *Journal of Corporate Finance*, 14 (2008), str. 241 – 256, str. 242.); isto i: Noack, Ulrich, Beurskens, Michael: Of Tradition and Change – The Modernization of the German GmbH in The Face of European Competition, CBC 0037, 07/2008, str. 5.; Braun i dr.: Does Charter Competition Foster Entrepreneurship? A Difference-in-Difference Approach to European Company Law Reforms, ECGI Working Paper No 308/2011, str. 2; Eckardt, Martina.: The European Private Company: Do we need another 28th private company law form in the EU? On regulatory competition of corporate law, *Discussions on Estonian economic policy: Theory and practice of economic policy*. Vol 20, No 1, (2012), str. 52.



Pri procjeni djelovanja država članica, za Europski sud odlučna je odredba čl. 49. UFEU-a kojom se određuje sloboda poslovnog nastana.<sup>29</sup>

U navedenom predmetu *Centros*, Europski sud je odlučivao o danskom društvu *Centros Ltd.* osnovanom u Velikoj Britaniji te uskraćivanju slobode poslovnog nastana ako se ono koristi isključivo radi zaobilazanja nepovoljnijeg pravnog poretka. Sud je svojom presudom utvrdio kako je primjena teorije stvarnog sjedišta protivna slobodi poslovnog nastana, te kako se u konkretnom slučaju ne može odbiti registracija društva u danski sudski registar čime je omogućeno osnivanje trgovačkih društava u državi članici sa osnivačima, povoljnijim pravnim poretkom te kasniji prijenos stvarnog sjedišta u drugu državu članicu.

Kada govorimo o predmetu *Centros* značajno je istaknuti kako se prosječna brojka osnivanja Ltd.-a u Velikoj Britaniji nakon donošenja sudske presude u ovom slučaju popela sa 146 osnovanih Ltd - a godišnje na 671 osnovan Ltd. godišnje.<sup>30</sup> Najznačajniji broj novoosnovanih društava osnovali su mali i srednji poduzetnici iz Njemačke, Francuske, Nizozemske i Norveške.

U predmetu *Überseering* Europski je sud potvrdio primjenu teorije osnivanja i priznavanje pravne i poslovne sposobnosti trgovačkim društvima pri prijenu stvarnog sjedišta u granicama Europske unije.<sup>31</sup>

Presuda u slučaju „Inspire Art“ predstavljala je korak dalje u sudskoj praksi Europskog suda, jer osim što se trgovačkom društvu osnovanom u nekoj od država članica priznaje poslovna sposobnost, državi u kojoj takvo društvo želi osnovati svoju podružnicu zabranjuje se nametanje otegotnih nacionalnih pravnih propisa.<sup>32</sup>

Teorija osnivanja potvrđena je i u presudi u predmetu *SEVIC Systems AG* te je omogućeno prekogranično pripajanje i spajanje trgovačkih društava koja posluju unutar granica Europske unije, a osnovana su u različitim državama članicama.<sup>33</sup>

Navedene presude Europskog suda utjecale su na međusobno regulatorno natjecanje među državama članicama Europske unije koje su svojim zakonodavnim

29 Sachdeva, A. M.: op. cit., str. 153. i 154. u Horak, Hana, Dumančić, Kosjenka: Usklađivanje u pravu društava u RH s pravnom stečevinom EU, *Pravo i porezi*, 20 (2011) 86 – 93. str.

30 Becht, M., Mayer, C., Wagner, H., op. cit., str. 242 (istraživanje se odnosi na razdoblje od 2003. do 2006. i autori su ga ograničili isključivo, na tzv. *Centros tipove društava*, odnosno na društva osnovana u Velikoj Britaniji bez stvarnog djelovanja na njenom području. Isto istraživanje pokazalo je da se povećan broj novoosnovanih Ltd.-a iz ostalih zemalja članica u Velikoj Britaniji nije odrazio u odnosu na poduzetnike izvan granica Europske unije na koje se ne odnosi sudska presuda.

31 Baelz, Kilian, Baldwin, Teresa: The End of the Real Seat Theory (Sitz Theorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law, *German Law Journal*, dostupno na: <http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=214> (15.01.2014.), Wymeersch, Eddy: The Transfer of the Company's Seat in European Company Law, ECGI, Law Working Paper No 08/2003, str. 21., dostupno na: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=384802](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=384802) (15.01.2014.)

32 Kersting, Christian, Schindler, Clemens Philip: The ECJ's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice, *German Law Journal*, Vol . 4, No. 12, 2003, str. 1279.

33 Jurić, Dionis: Sudska praksa Europskog suda u području slobode poslovnog nastana, *Hrvatska pravna revija*, br. 3/ 2008., str. 95.

reformama poduzetnicima olakšale ulazak u poslovni pothvat. Bez detaljnije analize ukazat ćemo na provedene reforme iz područja prava društava Španjolske, Francuske, Mađarske i Poljske.<sup>34</sup>

U Španjolskoj je već od 2. lipnja 2003. moguće osnivanje novog oblika društva nazvanog *Sociedad Limitada Nueva Empresa* (tzv. SLNE).<sup>35</sup> Reformom nije predviđeno smanjenje temeljnog kapitala potrebnog za osnivanje društva, ali su predviđene druge olakotne okolnosti, kao što su elektronsko popunjavanje osnivačkih akata i registracija unutar 24 sata od trenutka prijave. Zadržana je obveza ovjere kod javnog bilježnika te odredba kako samo fizičke osobe mogu biti članovi društva.

Reformu zakonodavnog okvira društava s ograničenom odgovornošću Francuska je također provela već 2003. godine. Od 5. kolovoza iste godine u Francuskoj je moguće pokrenuti posao s već postojećim oblikom društva (*Société à Responsabilité Limitée* – SARL), ali sa sniženim temeljnim kapitalom.<sup>36</sup> Francuski je zakonodavac, naime, odustao od zahtjeva temeljnog kapitala od 7 500 eura i snizio ga na minimalno 1 euro. Iznos temeljnog kapitala određen je u obrascu predviđenom za osnivanje društva te društvenim ugovorom.<sup>37</sup> Zakonom je jasno navedeno kako najveći broj članova društva ne smije premašiti brojku sto.<sup>38</sup> Nadalje, uvedena je mogućnost elektroničke registracije društva. Javnobilježnička ovjera u francuskom pravu nije bila potrebna niti prije provedene reforme.

Mađarska se priključila regulatornom natjecanju 2007. godine. Slično francuskom modelu reforme, ni Mađarska nije predvidjela novi oblik trgovačkog društva, već je pribjegli snižavanju temeljnog kapitala potrebnog za njegovo osnivanje. Od 1. rujna 2007. godine u Mađarskoj je moguće osnivanje društva s temeljnim kapitalom od 500.000 forinti. Prije reforme najniži temeljni kapital iznosio je 3.000.000 forinti. Registracija se provodi unutar 15 dana.<sup>39</sup>

Jednakim modelom poslužila se i Poljska. Uz sniženje temeljnog kapitala s prethodnih 50.000 na 5.000 zlota poljski zakonodavac odgovorio je regulatornoj utakmici unutar granica Europske unije.<sup>40</sup>

Zadnja od zemalja članica Europske unije koja se priključila regulatornom natjecanju reformom društava s ograničenom odgovornošću je Austrija u kojoj je od 1. srpnja 2013. godine moguće osnivanje društva s ograničenom odgovornošću

34 Podatci za reforme navedenih država članica Europske unije preuzeti iz: Hornuf, Lars: *Regulatory Competition in European Corporate and Capital Market Law: An Empirical Analysis* (Inaugural-Dissertation), 2010., str. 20. dostupno na: [http://edoc.ub.uni-muenchen.de/13102/1/Hornuf\\_Lars.pdf](http://edoc.ub.uni-muenchen.de/13102/1/Hornuf_Lars.pdf) (15.01.2014.).

35 Ley 7/2003, de 1 de abril ... el capítulo XII; BOE núm. 79; eng. *Act 7/2003, of April 1, 2003. chapter XII*; dostupno na: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/04/02/pdfs/A12679-12689.pdf> (10.03.2014.).

36 Code de commerce, Act 2003-721, Chapitre III : Des sociétés à responsabilité limitée, Articles L223-1 - L223-43

37 Code de commerce, Art. L223-2.

38 Code de commerce, Art. L223-3.

39 Hornuf, L. op. cit., str. 20.

40 Loc. cit.

sa znatno sniženim temeljnim kapitalom, tzv. *GmbH Neu / GmbH light*. Kako je navedeno u samom Prijedlogu Zakona, austrijskom je zakonodavcu bio cilj povećati broj novoosnovanih društava s ograničenom odgovornošću (*GmbH, ranije i GesmbH*).<sup>41</sup> Učinjenim izmjenama Zakona zakonodavac je snizio temeljni kapital s dosadašnjih 35.000 eura na 10.000 eura.<sup>42</sup> Pa premda pri osnivanju treba biti uplaćena polovica temeljnog kapitala, mišljenje je zakonodavca kako je početnih 5.000 eura znatno niže i prihvatljivije poduzetnicima u odnosu na dosadašnjih 17.500 eura.<sup>43</sup> Također, austrijski zakonodavac navedenim je izmjenama Zakona snizio i troškove osnivanja društva s ograničenom odgovornošću kod javnih bilježnika. Kako se može vidjeti, sve navedene države u svojim zakonodavnim reformama snizile su iznos temeljnog kapitala potrebnog za pokretanje poduzetničkog pothvata te su novim mjerama pojednostavile i time osigurale brži postupak osnivanja željenog oblika društva. Upravo ta činjenica često se navodi kao dokaz postojanja horizontalne<sup>44</sup> regulatorne konkurencije na razini Europske unije.<sup>45</sup>

Uzmemo li u obzir kako je jedan od ciljeva Europske unije usklađivanje pravnog uređenja, može se postaviti pitanje jesu li navedene presude Europskog suda doprinijele tom procesu ili su njima izazvane reforme u području prava društava imale suprotan učinak? Promatra li se usklađivanje pravnog uređenja unutar granica Europske unije kao svojevrsan način zaštite pravne raznolikosti i jačanja regulatorne interakcije među državama članicama, jasnije je vidljivo kako presude Europskog suda osiguravaju jednaki učinak.<sup>46</sup>

#### **4. OD NASTANKA DO MODERNIZACIJE NJEMAČKOGA ZAKONODAVNOG OKVIRA DRUŠTAVA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU**

Društvo s ograničenom odgovornošću (njem. *Gesellschaft mit beschränkter Haftung – GmbH*, eng. *Private Limited*) kao pravni oblik trgovačkog društva nastalo je na njemačkom zemljopisnom području. Za razliku od ostalih društava koja su

41 GmbH-Reform, Vorblatt, str. 1, 2; dostupno na: <http://www.justiz.gv.at/web2013/file/2c9484853d643b33013d8d8493ae52be.de.0/erl.pdf> (18.03.2014.).

42 Entwurf eines Gesellschaftsrechts- Änderungsgesetz 2013. (GesRÄG 2013), str. 2.

43 GmbH-Reform, op. cit., str. 10.

44 Prema Klöhn, Lars: Supranational Legal Entities and Vertical Regulatory Competition in European Corporate Law, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 76, No 2, 2012., str. 276., razlikujemo horizontalnu i vertikalnu regulatornu konkurenciju. Horizontalna regulatorna konkurencija odvija se među državama članicama Europske unije, a vertikalna između same Europske unije i država članica

45 Eckardt, Martina, Kerber, Wolfgang: *Horizontal and Vertical Regulatory Competition in EU Company Law: The Case of the European Private Company (SPE)*, Andrassy Working Paper Series No. 28, (2013)., str. 12, 13.

46 Deakin, Simon: *Legal Diversity and Regulatory Competition: Which model for Europe?*, Centre for Business Research, University Of Cambridge; 2006., Working Paper No. 323, str. 440.

nastajala kroz dugi niz godina razvijajući se prema potrebama poslovne prakse, društvo s ograničenom odgovornošću rezultat je izravne njemačke zakonodavne intervencije.<sup>47</sup>

Jedino društvo u kojemu je odgovornost članova za obveze društva bila odvojena od društva pravne osobe do tada je bilo dioničko društvo.<sup>48</sup> Međutim, za razliku od anglosaksonskog pravnog sustava, njemačko dioničko društvo nije bilo namijenjeno malim poduzetnicima. Ocijenjeno kao dosta kruto i složeno, dioničko društvo više nije bilo pogodno za poslovne pothvate poduzetnicima s manjim kapitalom i manjim brojem članova društva.<sup>49</sup> Konačno rješenje pronađeno je u društvu s ograničenom odgovornošću reguliranom Zakonom o društvima s ograničenom odgovornošću (njem. *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG*<sup>50</sup>, §5) koji je stupio na snagu u svibnju 1892. godine. Nakon nekoliko pokušaja izmjena<sup>51</sup> Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću, tek je u srpnju 1980. učinjena, tzv. mala refoma<sup>52</sup> koja je zahvatila manje dijelove Zakona, a stupila je na snagu 1. siječnja 1981. godine.

Od tada do 2008. godine njemački je zakonodavac regulaciju društava s ograničenom odgovornošću tek prilagođavao direktivama Europske unije radi ujednačavanja prava društava unutar njenih granica. Za nečim više zapravo nije niti bilo potrebe, jer se po broju osnovanih društava s ograničenom odgovornošću (ne samo u Njemačkoj, već i u ostalim državama<sup>53</sup>) od njegova nastanka do danas, društvo s ograničenom odgovornošću pokazalo kao najveći njemački izvozni pravni proizvod.<sup>54</sup> Sukladno tome ne smije se zanemariti značaj društva s ograničenom

47 Barbić, Jakša: Pravo društava, knjiga druga – društva kapitala, četvrto izdanje, Zagreb, Organizator, 2007., str. 1033.; Schmidt, Till: Die Geschäftsführerbestellung im reformierten GmbH-Recht, Eignungskriterien und Gesellschafterhaftung nach dem MoMiG, Hamburg, Dr. Kovač GmbH, 2011., str. 60, bilj. 121.

48 Njem. *Aktiengesellschaft*.

49 Barbić, J.: op. cit., str. 1033.; Beurskens, M., Noack, U., op. cit., str. 1069.; Noack, U., Beurskens, M.: op. cit., str. 1.

50 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl. I S. 477, BGBl. I S. 2586

51 Više o izmjenama njemačkoga Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću od njegova donošenja 1892. do reforme 2008. godine u: Schmidt, T.: op.cit., str. 57.-71.

52 Barbić, J.: op. cit., str. 1034.; Schmidt, T.: op. cit., str. 60.; Beurskens, M., Noack, U., op. cit., str. 1069.

53 Novi model trgovačkog društva ubrzo su u svoj pravni sustav uvrstile i ostale zemlje. Portugal je to učinio prvi već 1901. godine, zatim ga slijede Austrija 1906., Poljska, Brazil i Španjolska 1919. godine, Francuska 1925. Italija 1942., Grčka 1955., Turska 1960., Nizozemska tek 1971. godine i Danska 1973. Velika Britanija društvo s ograničenom odgovornošću u obliku *private limited company*, posebno uređuje tek 1980. godine. Na području Hrvatske društvo s ograničenom odgovornošću je regulirano austrijskim Zakonom o udru-gama s ograničenim jamstvom iz 1906. godine, a primjenjivalo se tek u Dalmaciji i Istri. Koristilo se do prestanka svih društava 1948. Konačno uređenje društva s ograničenom odgovornošću u RH zaokruženo je stupanjem na snagu Zakona o trgovačkim društvima 1. siječnja 1995. - Barbić, J., op. cit., str. 1034.-1036.

54 Beurskens, M., Noack, U.: op. cit., str. 1070.

odgovornošću na njemačko gospodarstvo, ali i povijesni utjecaj na pravo društava u cijelom svijetu.<sup>55</sup>

Zbog svojih obilježja, društvo s ograničenom odgovornošću najčešće se koristi za pokretanje malih i srednjih poduzeća. Ono što ga čini najčešće biranim oblikom društva njegova je pravna elastičnost zbog koje omogućuje ostvarivanje različitih ciljeva. Tako se društvo s ograničenom odgovornošću pokazalo kao dobar model za inozemna ulaganja, upravljanje investicijskim fondovima, ostvarenje zadrugarstva, poslovnih ciljeva slobodnih zanimanja i slično.<sup>56</sup>

Kako smo ranije naveli, i ostale su zemlje ubrzo uočile prednosti ovog pravnog oblika i uvrstile ga u svoje zakonodavstvo. U njemačkoj se poslovnoj praksi čak razvio i poseban oblik komanditnoga društva tzv. *GmbH & Co. KG*, u kojem je društvo s ograničenom odgovornošću komplementar društva. Sličan oblik društva nazvan *Limited & Co. KG* razvio se i u Engleskoj kao kombinacija engleskog društva s ograničenom odgovornošću i njemačkoga komanditnog društva. Ovakva društva nazvana „društva hibridi“<sup>57</sup> nastali kombinacijom već postojećih pravnih oblika također se u pravnoj literaturi navode kao mogući rezultat neaktivnog horizontalnog regulatornog natjecanja među državama.<sup>58</sup>

#### *4.1. Modernizacija Zakona društava s ograničenom odgovornošću / Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)*

Uvodno prikazane presude Europskog suda u predmetima ključnim za potvrđivanje slobode poslovnog nastana i poduzetničkog kretanja u okviru granica Europske unije, utjecale su na razvoj regulatornog natjecanja među državama članicama i reforme prava društava koje su uslijedile nakon toga.

Suočen s regulatornim natjecanjem u području prava društava među članicama Europske unije i njemački zakonodavac pribjegao je reformi regulacije društava s ograničenom odgovornošću. Reformu je pokrenulo regulatorno natjecanje izazvano gore spomenutim odlukama Europskog suda u predmetima *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* i *SEVIC*, ali i sve veći broj novoosnovanih engleskih Ltd.-a u Njemačkoj<sup>59</sup>. U prilog nisu išle ni aktivnosti engleskog zakonodavca na velikoj modernizaciji *Companies Act* 2006. godine usmjerene ka još boljoj regulaciji engleskog oblika društva s ograničenom odgovornošću kao glavnog

55 Loc. cit.

56 Barbić, J., op. cit., str. 1038.

57 Više o tome: Eckardt, M., Kerber, W., op. cit., str. 11.

58 Loc. cit.

59 Rieder, Markus u: Fleischer, Holger i dr.: *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG*, C. H- Beck, München, 2010., str. 575.; prema Schmidt, Jessica: *The New Unternehmergeellschaft (Entrepreneurial Company) and the Limited – A Comparison*, 2008., *German Law Journal*, 09/09, str. 1093. u 2006. godini u Njemačkoj je jedan od 4 novoosnovana društva s ograničenom odgovornošću bio upravo britanski Ltd.

konkurenta njemačkog društva s ograničenom odgovornošću. Reforme provedene u Velikoj Britaniji kroz *Companies Act 2006.* godine temeljile su se na pristupu *Think Small First*, dakle na pomoći malim i srednjim poduzetnicima koji su se najčešće i odlučivali za ovaj oblik trgovačkog društva. Dodatno pojednostavljivanje osnivanja i ovako omiljenog modela društva, odstupanje od zahtjeva za minimalnim temeljnim kapitalom, odustajanjem od zahtjeva za *company secretaryom*, koje je donijela reforma *Companies Acta*, dodatno su podigli ljestvicu<sup>60</sup> njemačkom zakonodavcu u pripremama najznačajnije reforme društva s ograničenom odgovornošću od njegova osnutka.

Prvi nacrt modernizacijskog zakona izrađen je 2005. godine. Temeljio se na prijedlogu smanjenja iznosa temeljnoga kapitala potrebnog za osnivanje društva s ograničenom odgovornošću (GmbH) te je prva verzija prijedloga bila tek smanjenje temeljnog kapitala s 25.000 na 10.000 eura. Takav prijedlog modernizacije, međutim, nije naišao na plodno tlo<sup>61</sup>.

Najopsežnija<sup>62</sup> reforma njemačkoga Zakona društava s ograničenom odgovornošću (GmbH – Gesetz) od njegova donošenja 1892. godine, okončana je 1. studenog 2008. stupanjem na snagu MoMiG-a (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen*<sup>63</sup>), a temeljila se uz ostalo i na mogućnosti osnivanja oblika klasičnog društva s ograničenom odgovornošću, tzv. mini društva s ograničenom odgovornošću.

Sam zakonodavac istaknuo je već u Prijedlogu Zakona o modernizaciji prava društava s ograničenom odgovornošću dva temeljna cilja reforme: zaštititi društvo s ograničenom odgovornošću od zlorabe u poslovanju te deregulacijom i modernizacijom učiniti društvo s ograničenom odgovornošću atraktivnijim u odnosu na inozemne konkurentne pravne oblike.<sup>64</sup>

Za ostvarenje navedenih ciljeva istaknuto je nekoliko prioriteta pri donošenju MoMiG-a<sup>65</sup>.

Kao prvi prioritet navedeno je ubrzanje pokretanja poslovnog pothvata. Temelj novele bio je olakšati i ubrzati poslovni početak poduzetnicima, jer se dugotrajan postupak osnivanja društva s ograničenom odgovornošću isticalo kao nedostatak u odnosu na inozemne konkurente, posebice engleski Ltd. Navedeno se trebalo ostvariti kroz osnivanje društva unaprijed predviđenim obrascima, sniženjem

60 Loc. cit.

61 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), op. cit., str. 56.

62 Oehlich, Michael: The German Unternehmergeellschaft: Entering Regulatory Competition, str. 1.; dostupno na: [www.iuscomp.org/gla/literature/oehlich.html](http://www.iuscomp.org/gla/literature/oehlich.html) (15.01.2014.).

63 Bundesgesetzblatt I S. 2026 (Nr. 48).

64 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), op. cit., str. 55.

65 Schwerpunkte des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG); 26. Jun 2008.; Bundesministerium der Justiz; str. 1.; dostupno na: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Schwerpunkte\\_des\\_Gesetzes\\_zur\\_Modernisierung\\_des\\_GmbH\\_Rechts.pdf?\\_\\_blob=publicationFile\(06.02.2014.\)](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Schwerpunkte_des_Gesetzes_zur_Modernisierung_des_GmbH_Rechts.pdf?__blob=publicationFile(06.02.2014.)).

temeljnog kapitala i prijenosu poslovnih udjela.<sup>66</sup> Međutim, sam cilj reforme, koja se provodila nakon više od stoljeća uspješne regulacije ovog trgovačkog društva, nije se temeljio isključivo na smanjenju temeljnog kapitala potrebnog za osnivanje društva s ograničenom odgovornošću. Zakonodavac je imao na umu odgovornost glede dalekosežnih posljedica predstojećih zakonskih izmjena te je uputno spomenuti i jak utjecaj akademske zajednice<sup>67</sup> pri modernizaciji njemačkoga Zakona društava s ograničenom odgovornošću. Naime, u stručnom timu koje je sudjelovao u raspravi o Prijedlogu MoMiG-a, pet od dvanaest članova bili su sveučilišni profesori. Usprkos zloporabama u poslovanju zbog ograničene odgovornosti članova i visokom broju stečajja koji su se provodili nad društvima s ograničenom odgovornošću u Saveznoj Republici Njemačkoj, od svog nastanka kao oblik društva, društvo s ograničenom odgovornošću pokazalo se kao čvrst pravni oblik za obavljanje djelatnosti, posebice za male i srednje poduzetnike.<sup>68</sup> Stoga je odlučeno kako se neće stvarati novi pravni oblik društva kapitala, već će se unutar postojećeg zakonodavnog okvira olakšati postupak osnivanja već postojećeg društva. Navedeno proizlazi iz zakonodavčeva zaključka kako za ostvarenje željenog cilja pojačanja regulatorne konkurentnosti nisu potrebni veći naponi, već da je isti učinak moguće ostvariti modificiranom verzijom društva s ograničenom odgovornošću.<sup>69</sup> Pri izradi Prijedloga Zakona o modernizaciji društava s ograničenom odgovornošću i sprječavanju njegove zloporabe, gospodarstvenici su izrazili bojazan kako će se odustajanjem od temeljnog kapitala naštetiti značaju i vrijednosti društva s ograničenom odgovornošću koje ono uživa, posebice među malim i srednjim poduzetnicima. Stoga se kao najbolje rješenje pokazalo sniziti temeljni kapital novoj varijanti društva s ograničenom odgovornošću, a ne već postojećem, klasičnom društvu s ograničenom odgovornošću.<sup>70</sup>

## **5. UG - HAFTUNGSBESCHRÄNKT / MINI DRUŠTVO S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU.**

Kako bi se zadovoljile potrebe poduzetnika (posebice u sektoru usluga) koji na poslovnom početku nemaju veliki kapital, omogućeno je osnivanje varijante društva s ograničenom odgovornošću, tzv. *Unternehmersgesellschaft* ili *UG - haftungsbeschränkt* (mini društvo s ograničenom odgovornošću).

Ova varijanta društva s ograničenom odgovornošću podliježe zakonskom uređenju predviđenom za klasično društvo s ograničenom odgovornošću (§5 GmbHG) i cjelokupnom njemačkom pravu koji se odnosi na društvo s ograničenom

66 Loc. cit., točka 1. a

67 Beurskens, M., Noack, U.: op. cit., str. 1073

68 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), op. cit., str. 70.

69 Ibid., str. 71.

70 Loc. cit.

odgovornošću uz posebne odredbe koje se odnose isključivo na mini društvo s ograničenom odgovornošću (§ 5a).

Otvaranje mogućnosti osnivanja mini društva s ograničenom odgovornošću bio je svojevrsan odgovor<sup>71</sup> njemačkoga zakonodavca na širenje engleskog društva s ograničenom odgovornošću u Njemačkoj. Kako smo već istaknuli, mini društvo s ograničenom odgovornošću nije novi oblik trgovačkog društva, nego društvo s ograničenom odgovornošću koje za osnivanje ne treba imati 25.000 eura temeljnog kapitala.<sup>72</sup> Druga karakteristika koja mini društvo s ograničenom odgovornošću razlikuje od klasičnog društva s ograničenom odgovornošću zabrana je potpunog raspolaganja svojom dobiti. Naime, zakonska je obveza osnivača Mini društva s ograničenom odgovornošću težiti dosezanju temeljnog kapitala propisanog za osnivanje klasičnog društva s ograničenom odgovornošću. To se postiže zakonskim rezervama u iznosu jedne četvrtine dobiti prikazane u godišnjem financijskom izvješću za prethodnu godinu. Propisane zakonske rezerve smiju se koristiti za dvije propisane svrhe ili za povećanje temeljnog kapitala ili pokrivanje gubitaka. Pri tome, kako je već rečeno, iznos temeljnog kapitala za osnivanje klasičnog društva s ograničenom odgovornošću nije smanjen i iznosi 25.000 eura. Otvaranjem mogućnosti za osnivanjem Mini društva s ograničenom odgovornošću sa maksimalno sniženim temeljnim kapitalom (1 euro) za tim nije ni bilo potrebe. Prikupljenim iznosom od 25.000 eura, mini društvo s ograničenom odgovornošću može se preoblikovati u klasično društvo s ograničenom odgovornošću. Međutim, registrirano klasično društvo s ograničenom odgovornošću nije moguće izmjenama društvenog ugovora preoblikovati u mini društvo s ograničenom odgovornošću. Jednako tako, društvo s ograničenom odgovornošću kojemu se kroz gubitke iznos temeljnog kapitala smanji ispod 25.000 eura, ne može se automatizmom preoblikovati u mini društvo s ograničenom odgovornošću.<sup>73</sup>

Navodeći prioritete, njemački zakonodavac zaključio je kako će modernizirani Zakon o društvima s ograničenom odgovornošću pružati priliku osnivačima da u skladu s vlastitim potrebama i financijskim mogućnostima odlučuju o svom ulogu u društvu. Do donošenja MoMiG-a najniža uplata poslovnog udjela pri osnivanju društva s ograničenom odgovornošću iznosila je 100 eura ili je morala biti izražena u iznosu djeljivom s 50. Novim odredbama, najniži poslovni udio pri osnivanju inačice klasičnog društva s ograničenom odgovornošću iznosi 1 euro, a postojeće poslovne udjele<sup>74</sup> kasnije je moguće lakše podijeliti, spojiti ili prenijeti trećoj strani u čemu se dodatno ogleda fleksibilnost pravnog uređenja mini društva s ograničenom odgovornošću. Jasna zakonska regulacija pravnog instituta „skrivenih doprinosa u

71 Rieder, M. u: Fleischer, H. i dr., op. cit., str. 573.; Freitag, Robert, Riemenschneider, Marcus: Die Unternehmersgesellschaft – „GmbH light“ als Konkurrenz für die Limited?, ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2007, 1485.; Die deutsche Antwort, Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ), 24. Mai 2007. 13., u: Schmidt, J.: op. cit., str. 1102.

72 Schwerpunkte des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), op.cit., str. 1., točka 1. a

73 Rieder u: Fleischer, H. i dr., op. cit., str. 580.

74 Njem. *Geschäftsanteile*, eng. *share*



stvarima“ (njem. „*verdeckten Sacheinlage*“) spriječila je pravnu nesigurnost glede prikupljanja temeljnog kapitala<sup>75</sup>.

Posebna novina u osnivanju društva s ograničenom odgovornošću, koju je uveo MoMiG je dodatak unaprijed pripremljenih obrazaca za osnivanje mini društva s ograničenom odgovornošću, tzv. *Muster Protocol*. Radi ubrzanja i olakšanja pokretanja poslovnog pothvata, kao privitak Zakonu o društvima s ograničenom odgovornošću (GmbHG), predviđeni su obrasci koja se koriste za osnivanje mini društva s ograničenom odgovornošću. Za razliku od engleskog postupka osnivanja Ltd.-a, njemački zakonodavac ovdje je ostao pri zahtjevu ovjere obrazaca, koja je potrebna i pri osnivanju klasičnog društva s ograničenom odgovornošću.<sup>76</sup> Ipak, sniženje temeljnog kapitala potrebnog za osnivanje društva i uvođenje obrazaca društvenog ugovora, koji znatno olakšavaju i ubrzavaju samu registraciju mini društva s ograničenom odgovornošću, donijeli su njemačkom društvu s ograničenom odgovornošću do tada nepoznati stupanj fleksibilnosti, brzine, jednostavnosti i ekonomičnosti.<sup>77</sup>

Ubrzanje registracije trgovačkog društva dijelom je omogućeno već početkom 2007. godine stupanjem na snagu Zakona o elektroničkom sudskom registru i registru zadruga kao i registra poduzetnika (njem. *Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)*, eng. *Law on the Electronic Register of Companies and the Electronic Register of Cooperatives as well as on the Register of Businesses*). Time su omogućene elektroničke prijave u sudski registar gdje se bez odgode odlučuje o prijavi za upis novog trgovačkog društva.<sup>78</sup> Uvođenje elektroničkih registara jedna je od prilagodbi njemačkog zakonodavnog okvira zahtjevima europske pravne stečevine i Direktive 2003/58/EC iz srpnja 2003. godine kojom je dopunjena Direktiva 69/151/EEC iz travnja iste godine.<sup>79</sup>

Nadalje, na preddruštvo mini društva s ograničenom odgovornošću primjenjuju se odredbe koje uređuju preddruštvo klasičnog društva s ograničenom odgovornošću.

Atraktivnosti mini društva s ograničenom odgovornošću doprinijela su i zakonska rješenja vezana uz sjedište društva, a pod utjecajem presuda Europskog suda u gore navedenim predmetima. Brisanjem stavka 2. u § 4a GmbHG-a, omogućilo se djelovanje klasičnog društva s ograničenom odgovornošću, pa tako i Mini društva s ograničenom odgovornošću, u ostalim državama članicama putem podružnica ili društva kćeri, kao i priznanje pravne osobnosti društvima osnovanima u drugim državama. Naime, MoMiG-om je § 4a, koji se odnosi na sjedište trgovačkog društva

75 Više o tome pogledati: Rieder, M. u: Fleischer, H. i dr., op. cit., str. 580., 581.

76 Schwerpunkte des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), op. cit., str. 1., točka 1. b.

77 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), op. cit., str. 70.

78 Ibid., točka 1. c.

79 O. J. (L 221) 13.

(njem. *Sitz der Gesellschaft*), izmijenjen na način da je brisana oznaka „stavak 1.“ te je ostala odredba koja sjedište društva definira kao mjesto u zemlji kako je upisano u društvenom ugovoru (*Sitz der Gesellschaft ist der Ort im Inland, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt*).<sup>80</sup> Uz modernizaciju postojećeg pravnog okvira za društva s ograničenom odgovornošću, njemački zakonodavac detaljnije je uredio transparentnost poslovnih udjela i moguće zloporabe zakonskih odredbi. Prema uzoru na registar dioničara, članom društva s ograničenom odgovornošću smatraju se samo upisani u registar članova što poslovnim partnerima pruža sigurnost u poslovanju.

Novi zakon naišao je na pozitivne kritike te se smatralo kako su reforme konačno njemačko zakonodavstvo društava s ograničenom odgovornošću uvrstile uz bok ostalim zakonodavnim rješenjima prikladnim 21. stoljeću.<sup>81</sup> U prilog tome govore i podatci kako je u roku mjesec dana od stupanja na snagu MoMiG-a u Njemačkoj osnovano 77 mini društava s ograničenom odgovornošću od čega tri četvrtine s temeljnim kapitalom nižim od 1 000 eura. U roku tri mjeseca od stupanja na snagu MoMiG-a registrirano je više od 3000 mini društava s ograničenom odgovornošću.<sup>82</sup>

Iz navedenoga se može zaključiti kako je MoMiG svojim rješenjima povećao njemačku konkurentnost u regulaciji društava s ograničenom odgovornošću na razini Europske unije. Namijenjeno malim i srednjim poduzetnicima, mini društvo s ograničenom odgovornošću predstavlja jednostavno, jeftinije i brže pokretanje posla u modernom i praktičnom poslovnom okruženju. Također, novim odredbama Zakona spriječena je zloraba ograničene odgovornosti članova za obveze društva koja se posebno isticala u vrijeme ekonomske krize.<sup>83</sup>

Ovdje smatramo značajnim istaknuti i dvojbu koja se u recentnoj pravnoj literaturi pojavljuje glede povezanosti smanjenog broja Ltd.-a osnovanih od strane njemačkih poduzetnika i modernizacije njemačkog Zakona društava s ograničenom odgovornošću.<sup>84</sup> Naime, analizom statističkih podataka o novoosnovanim trgovačkim društvima u Engleskoj od strane njemačkih poduzetnika između 2004. i 2011. godine dolazi se do brojke od 48.103 trgovačka društva. Od ukupnog broja, najviše njih (čak 99,83%) bilo je osnovano kao Ltd. U navedenom vremenskom razdoblju, najviše Ltd.-a koje su osnovali njemački poduzetnici u Engleskoj bilo je u razdoblju od 2004. do ožujka 2006. godine kada im broj počinje naglo

80 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), op. cit. bilj. 4., str. 5., 65.: (Artikel 1. Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung; punkt 4. § 4a wird wie folgt geändert: a) Absatz 1 wird wie folgt geändert: aa) Die Absatzbezeichnung „(1)“ wird gestrichen. bb) Nach dem Wort „Ort“ werden die Wörter „im Inland“ eingefügt. b) Absatz 2 wird aufgehoben.)

81 Gesetzentwurf der Bundesregierung; Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), op. cit., str. 25.

82 Rieder, M. u: Fleischer, H. i dr., op. cit. str. 575

83 Loc. cit.

84 Ringe, W., op. cit., bilj. 12., str. 16.

padati. Tako se u ožujku 2006. godine bilježe 1.322 novoosnovana Ltd.-a od strane njemačkih poduzetnika dok u prosincu 2011. njihov broj iznosi svega 49.<sup>85</sup> Analizama se ističe da uzme li se u obzir činjenica da je MoMiG donesen i stupio na snagu 2008. godine, upitan je učinak samog regulatornog natjecanja na smanjeni broj novoosnovanih Ltd.-a, ističe se u analizama.

## **6. RAZLIKE NJEMAČKOG MINI DRUŠTVA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU I ENGLESKOG DRUŠTVA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU**

*Private company limited by shares*, skraćeno *Limited* ili *Ltd.*, engleski je oblik društva s ograničenom odgovornošću. Regulira ga *Companies Act*, moderniziran 2006. godine i odlikuju ga jednostavnost i niski troškovi pri osnivanju. Englesko društvo s ograničenom odgovornošću zbog iznimne fleksibilnosti i brzine pri osnivanju i djelovanju, pokazalo se kao najveći konkurent klasičnom njemačkom društvu s ograničenom odgovornošću (GmbH). Oblik društva koje karakteriziraju ograničena odgovornost članova, brzo osnivanje temeljem obrazaca dostupnih putem interneta i izostanak zahtjeva za velikim temeljnim kapitalom potrebnim za osnivanje brzo se pokazao kao češći izbor njemačkim poduzetnicima u odnosu na klasično društvo s ograničenom odgovornošću.

Od 2003. do 2006. godine u Velikoj Britaniji osnovano je preko 67.000 novih Ltd.-a iz drugih članica Europske unije pri čemu je najveći upliv bio upravo iz Njemačke, zatim Francuske, Nizozemske i Norveške.<sup>86</sup> Do tada jednostavno, osnivanje Ltd.-a dodatno je pojednostavljeno reformom britanskog *Companies Acta* 2006. godine.

Kako smo ranije naveli, to je bio jedan od osnovnih razloga za ponovni pokušaj modernizacije njemačkog zakonodavstva u području društava s ograničenom odgovornošću i postizanje veće konkurentnosti Njemačke na razini Europske unije što je rezultiralo mini društvom s ograničenom odgovornošću.

Naoko slični, Ltd. i mini društvo s ograničenom odgovornošću razlikuju se u nekoliko elemenata, koje ćemo pokušati pojasniti u komparativnom prikazu tvrtke, postupka i brzine osnivanja te iznosa najnižeg temeljnoga kapitala potrebnog za osnivanje društva s ograničenom odgovornošću.

### **6.1. Tvrtka društva**

Prva uočljiva razlika vidljiva je već u samom nazivu, odnosno tvrtki<sup>87</sup> društva. Njemački zakonodavac u §5.a (1) GmbHG jasno određuje kako mini

85 Loc. cit.

86 Becht, M., Mayer, C., Wagner, H. op.cit., str. 242.

87 Čl. 11. st. 1. ZTD-a: "Tvrtka je ime pod kojim trgovačko društvo posluje i pod kojim sudjeluje u pravnom prometu"

društvo s ograničenom odgovornošću u svom nazivu mora sadržavati oznaku *Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)* ili *UG (haftungsbeschränkt)* što ga jasno razdvaja od klasičnog društva s ograničenom odgovornošću.

Suprotno tome, britanski zakonodavac zahtijeva tek oznaku *limited* ili *Ltd.*<sup>88</sup> neovisno o tome radi li se o društvo s ograničenom odgovornošću osnovanom s minimalnim ili znatno većim iznosom temeljnog kapitala. Njemački zakonodavac obvezu sadržaja oznake *Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)* ili *UG (haftungsbeschränkt)* u nazivu društva je obrazložio kao svojevrstnu uputu ostalim sudionicima u prometu roba i usluga na poslovanje s društvom minimalne razine raspoloživog kapitala, ali je to dovelo do prijepora među teoretičarima može li se to tumačiti kao marketinška prednost mini društva s ograničenom odgovornošću ili društvo u samom početku poslovanja stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na britanski *Ltd.*<sup>89</sup>

## 6.2. Osnivanje društva

Glede postupka osnivanja *Ltd.*-a i *UG*-a. može se reći kako su u ovom segmentu propisi njemačkog i engleskog prava gotovo ujednačeni. Učinjenim reformama, postupak je osnivanja pojednostavljen u oba zakonodavstva. Prema *Companies Act* 2006. djelomice je napušten zahtjev za dva obrasca pri osnivanju. Engleski je zakonodavac zahtijevao uz društveni ugovor i postojanje statuta.<sup>90</sup> Naime, zahvaljujući zadnjoj reformi dovoljan je već sam društveni ugovor, koji sadrži sve potrebno (*Articles of Association*), a obrazac statuta služi tek kao potvrda ozbiljnosti osnivača za osnivanjem društva.<sup>91</sup> U ovome se dijelu engleski zakonodavac približio njemačkom rješenju s obzirom na to da je u njemačkoj praksi oduvijek bio potreban samo društveni ugovor (njem. *Gesellschaftsvertrag*) za osnivanje društva s ograničenom odgovornošću.

Ipak, ono što je novina u njemačkom pravnom uređenju društva s ograničenom odgovornošću, a predstavlja dugogodišnju tradiciju<sup>92</sup> engleskog sustava je uporaba unaprijed predviđenih obrazaca pri osnivanju društva. MoMiG-om je naime, omogućeno jednostavnije osnivanje mini društva s ograničenom odgovornošću uporabom obrazaca (njem. *Musterprotokoll*<sup>93</sup>).

I dok je u engleskoj praksi u obrascu društvenog ugovora obuhvaćeno sve nužno za osnivanje i djelovanje društva u nastanku, njemački se zakonodavac ograničio na minimalne odrednice i strogo određene situacije. Uz ograničene situacije mogućnosti korištenja *Musterprotokolla*, njemački zakonodavac ostao je

88 59(1) CA 2006

89 Detaljnije o tome vidjeti u: Schmidt, J.: op. cit., str. 1096.

90 Barbić, J., op. cit., str. 1022.

91 Schmidt, J.: op. cit., str., 1099.

92 Loc. cit.

93 § 2 (1a) GmbHG.

pri zahtjevu ovjere javnog bilježnika i potpisu svih osnivača.<sup>94</sup>

MoMiG ne propisuje najmanji broj osnivača i kao i kod klasičnog društva s ograničenom odgovornošću, za osnivanje mini društva s ograničenom odgovornošću dovoljna je jedna osoba kao osnivač, kao i uslučaju *Ltd.-a*.

Engleski zakonodavac nije propisao maksimalan broj članova društva dok su u njemačkoj varijanti društva s ograničenom odgovornošću dopuštena najviše tri člana, koji mogu biti fizičke ili pravne osobe.

### 6.3. *Temeljni kapital*

Oba oblika trgovačkog društva moguće je osnovati s minimalnim temeljnim kapitalom i u vrlo kratkom razdoblju. Kako smo već ranije napomenuli, jedna od značajki mini društva s ograničenom odgovornošću izostanak je zahtjeva za temeljnim kapitalom od 25.000 eura koliko iznosi kod klasičnog društva s ograničenom odgovornošću.<sup>95</sup> Temeljni kapital *Ltd.-a* iznosi 1 funtu, a za mini društvo s ograničenom odgovornošću 1 euro.

Sljedeća razlika između ova dva pravna oblika ogleda se u obvezi vođenja zakonskih rezervi u iznosu jedne četvrtine godišnje financijske dobiti kod mini društva s ograničenom odgovornošću koje treba usmjeriti povećanju temeljnog kapitala do 25.000 eura te je nakon toga moguće preoblikovanje u klasično društvo s ograničenom odgovornošću bez promjene imena. Obveza zadržavanja dobiti u obliku zakonskih rezervi trebala bi služiti kao pokazatelj sigurnosti da je mini društvo s ograničenom odgovornošću, osnovano na niskom temeljnom kapitalu, kroz poslovanje sposobno dosegnuti puni iznos temeljnog kapitala potreban za klasično društvo s ograničenom odgovornošću.<sup>96</sup> Kod *Ltd.-a* međutim, ove obveze nema.

Nadalje, dok njemački zakonodavac pri osnivanju mini društva s ograničenom odgovornošću ne dopušta uplate udjela u stvarima<sup>97</sup> engleski zakonodavac otišao je tako daleko da osim što je za osnivanje *Ltd.* dopušten unos stvari i novca, čak prihvaća obećanje da će se odraditi usluga za društvo ili nekog drugog kao ulog u društvo.<sup>98</sup> Pri osnivanju mini društva s ograničenom odgovornošću udjeli moraju biti uplaćeni u cijelosti i prije registracije društva ( § 5a (2)). Engleski zakonodavac ovakvu obvezu propisuje samo za, tzv. *public companies*.

Glede odgovornosti članova društva ističemo kako je ona kao i kod klasičnog društva s ograničenom odgovornošću ograničena te mini društvo s ograničenom odgovornošću kao društvo kapitala za obveze odgovara cijelom svojom imovinom. U slučaju insolventnosti, član mini društva s ograničenom odgovornošću u

94 § 2 (1) GmbHG.

95 Schmidt, J.: op. cit., str. 1097.

96 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), op. cit., str. 7., 72.

97 § 5a (2) 2 GmbHG.

98 Schmidt, J.: op. cit., str. 1097., 1098.

rijetkim će slučajevima odgovarati svojom privatnom imovinom dok propisi Ltd.-a omogućuju i takav scenarij.

#### **6.4. Brzina osnivanja**

Iako je ubrzanje registracije trgovačkog društva dijelom omogućeno već spomenutim Zakonom o elektroničkom sudskom registru i registrom zadruga kao i registrom poduzetnika, i premda je to bio jedan od prioriteta pri samom donošenju MoMiG-a, ono u čemu njemački zakonodavac nije uspio reformom je znatno ubrzanje osnivanja društva. Naime, dok su za osnivanje engleskog Ltd.-a dovoljno 24 sata (najduže tjedan dana), prema posljednjim istraživanjima, za osnivanje mini društva s ograničenom odgovornošću i dalje je potrebno u prosjeku 44 dana do šest tjedana<sup>99</sup> što ga, u tom dijelu, i dalje čini manje konkurentnim od engleskog Ltd.-a.

### **7. DRUŠTVO S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU NA SUPRANACIONALNOJ RAZINI**

Osim ujednačavanja nacionalnih zakonodavstava u području prava društava, cilj je Europske unije i stvaranje novih pravnih oblika za obavljanje gospodarske djelatnosti.<sup>100</sup> Do 2008. godine već su zaživjeli Europsko gospodarsko interesno udruženje (*EEIG*) 1985., europsko društvo (*Societas Europaea, SE*) uređeno kao europsko dioničko društvo 2001. i europska zadruga (*SCE*) 2003. godine. U razdoblju stupanja na snagu MoMiG-a, u regulatornu konkurenciju prava društava s ograničenom odgovornošću uključila se i Europska komisija s prijedlogom za novi oblik društva na supranacionalnoj razini, koji je trebao osigurati veću konkurentnost malim i srednjim poduzetnicima u granicama Europske unije. Istraživanja su pokazala kako mala i srednja trgovačka društva čine 90 % trgovačkih društava u Europskoj uniji. Tek ih 8 % sudjeluje u prekograničnom prometu roba i usluga, a svega 5 % djeluje putem društava kćeri ili zajedničkih ulaganja u drugoj državi članici.<sup>101</sup> Premda je deregulacijom poduzetnicima znatno olakšano poslovanje unutar granica Europske unije, Europska komisija izrazila je potrebu za dodatnim poboljšanjem pravnog okvira te mogućnosti malim i srednjim poduzetnicima na jedinstvenom tržištu. Također, naglašena je potreba za snižavanjem troškova osnivanja trgovačkog društva, koja su zbog neujednačenih pravnih propisa među nacionalnim zakonodavstvima često bila iznimno visoka što se u praksi pokazalo kao otegotna okolnost. S tim je ciljem 25. lipnja 2008. godine prihvaćen Nacrt

<sup>99</sup> Eckardt, M.: op. cit., str. 49.

<sup>100</sup> Guidotti, Rolandino: *The European Private Company: The Current Situation*, German Law Journal, Vol. 13 No. 03, 2013., str. 331.

<sup>101</sup> Commission Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company, COM (2008) 396 final (25 June 2008), str. 3.; vidjeti isto i: Guidotti, R., op. cit., str. 332., Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J., op. cit., str. 257.

Uredbe o europskom društvu s ograničenom odgovornošću (*Societas Privata Europaea/SPE*).<sup>102</sup> U ovom ćemo poglavlju istaknuti najosnovnije odrednice trgovačkog društva koje je trebalo zaživjeti na supranacionalnoj razini, a koje su već u samom procesu regulacije i nastanka izazvala oprečna stajališta među državama članicama. Nakon posljednjeg kompromisnog prijedloga<sup>103</sup> koje je uputila Mađarska, sporna su i dalje ostala tri ključna elementa što je dovelo do konačnog odustajanja od ovakvog oblika trgovačkog društva.

Dakle, pitanje sjedišta SPE-a, iznos temeljnog kapitala potrebnog za njegovo osnivanje te sudjelovanje zaposlenih u djelovanju društva ostali su najveći kamen spoticanja prije odustajanja i donošenja novog prijedloga.<sup>104</sup> Europsko društvo s ograničenom odgovornošću trebale su karakterizirati značajke društva s ograničenom odgovornošću u nacionalnim zakonodavstvima te mu je, sukladno tome, temeljni akt trebao biti društveni ugovor. Statutom europskog društva s ograničenom odgovornošću bila bi uređena temeljna pitanja kao što je osnivanje društva, ograničena odgovornost članova, osiguranje vjerovnika te osiguranje kapitala dok su se pitanja glavne skupštine i ustroj organa trebala urediti društvenim ugovorom.<sup>105</sup> Sve ključne odredbe sadržane u društvenom ugovoru bile bi usklađene sa Statutom europskog društva s ograničenom odgovornošću i europskim pravom uopće. Europsko društvo s ograničenom odgovornošću osnivalo bi se *ex nihilo* u državi članici Europske unije gdje ima registrirano sjedište, a svoju djelatnost moglo bi obavljati preko društava kćeri ili podružnica i u drugim državama članicama što je u skladu s ranije navedenim presudama Europskog suda u predmetu *Centros* i sl. Također jedan od prijedloga bio je nastanak europskog društva s ograničenom odgovornošću preoblikovanjem društva, spajanjem ili podjelom društva. Osnivači europskog društva s ograničenom odgovornošću jednako bi mogle osnovati fizičke i pravne osobe, a prava glede vrsta njihovih uloga regulirao bi društveni ugovor. Kako je to i uobičajeno za društveni ugovor društva s ograničenom odgovornošću, i društveni ugovor europskog društva s ograničenom odgovornošću trebali bi potpisati svi osnivači.<sup>106</sup> Nadalje, u skladu s europskim nacionalnim zakonodavnim rješenjima, i za europsko društvo s ograničenom odgovornošću bio je predviđen monistički ustroj te upravni odbor i glavna skupština ili dualistički ustroj pri čemu bi bili obvezni uprava, glavna skupština i nadzorni odbor. Europsko društvo s ograničenom odgovornošću upisivalo bi se u registar države članice gdje mu je registrirano sjedište. Pitanje najnižeg iznosa temeljnog kapitala potrebnog za osnivanje europskog privatnog društva bilo je riješeno u skladu s regulatornim

102 Commission Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company, COM (2008) 396 final (25 June 2008) op. cit., str. 3

103 Proposal for a Council Regulation on a European Private Company – Political Agreement 2011, 2008/0130 (CNS), 10611/11, DRS 84, SOC 432, May 2011

104 Guidotti, R., op. cit., str. 333.

105 Commission Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company, COM (2008) 396 final (25 June 2008) op. cit., str. 5.; Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J., op. cit., str. 257.

106 Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J., op. cit., str. 263

natjecanjem u pravu društava s ograničenom odgovornošću među državama članicama te je konačni zaključak bila preporuka temeljnog kapitala u iznosu od jednog eura.

Kako smo ranije naveli, upravo je iznos najnižega temeljnog kapitala potrebnog za osnivanje europskog privatnog društva bilo jedno od spornih pitanja među državama članicama. Njemačka, primjerice, uz rješenje glede sjedišta društva nije odobrvala niti ovako minimalni iznos temeljnog kapitala i zahtijevala je njegovo povećanje. Uz Njemačku, posljednje kompromisno rješenje za europsko društvo s ograničenom odgovornošću iz svibnja 2011. godine odbila je i Švedska. Njihovo je stajalište kako bi osnivanje još jednog oblika društva s ograničenom odgovornošću, posebice mogućeg na supranacionalnoj razini, s minimalnim iznosom temeljnog kapitala, dovelo do velikog broja tek osnovanih, nerazvijenih, a aktivnih trgovačkih društava.<sup>107</sup> U analizama se također navodilo kako bi tek dugogodišnje djelovanje europskog društva s ograničenom odgovornošću u praksi ovo trgovačko društvo dovelo do razine već postojećih oblika društava s ograničenom odgovornošću u državama članicama Europske unije.<sup>108</sup> Kako je Europska komisija zahtjeve za osnivanjem prilagodila nacionalnom uređenju društva s ograničenom odgovornošću među državama članicama te, uz ostale prednosti, temeljni kapital odredila u minimalnom iznosu, bilo je za očekivati favoriziranje europskog društva s ograničenom odgovornošću u odnosu na oblike trgovačkih društava predviđene u nacionalnim zakonodavstvima. Ipak, nije došlo do usuglašavanja glede spornih značajki i mogućnosti osnivanja ovog oblika trgovačkog društva putem spomenute Uredbe te je, slijedom navedenoga, Europska komisija u travnju 2014. godine predložila donošenje Direktive o privatnim društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom tzv. *Societas Unius Personae (SUP)*.<sup>109</sup> Države bi članice, prema njezinom prijedlogu, u svojem nacionalnom zakonodavstvu trebale predvidjeti trgovačkopravni oblik za privatna društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom koje bi na području čitave Europske unije bilo moguće registrirati izravno putem interneta bez potrebe da osnivač u tu svrhu putuje u zemlju registracije. Nadalje, prijedlogom Direktive bi se propisao obrazac statuta koji bi u čitavom EU-u bio jednak, dostupan na svim službenim jezicima EU-a te bi sadržavao elemente potrebne za vođenje privatnog društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom. Temeljni kapital za *Societas Unius Personae* iznosio bi minimalnih 1 euro, dok bi se primjerena zaštita vjerovnika osigurala provjerom bilance i potvrdom o solventnosti društva.

107 Lewis, Rhidian, Buzdrev, Alexander, Mortimer, Tom: The European Private Company: An Opportunity from an Economic Crisis?, *International Journal of Humanities and Social Science*, Vol. 3, No. 8 (Special Issue – April 2013), str. 111., 112.

108 Eckardt, M., Kerber, W.: op. cit., str. 17.

109 COM(2014) 212.



## **8. SOCIETAS UNIUS PERSONAE (SUP) / DRUŠTVO S OGRAIČENOM ODGOVORNOŠĆU S JEDNIM ČLANOM**

Cilj je prijedloga Direktive o privatnim društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom, koja su alternativno rješenje neuspjelim europskom društvu s ograničenom odgovornošću, potaknuti i promicati malo i srednje poduzetništvo olakšanim osnivanjem trgovačkih društava u inozemstvu.

*Societas Unius Personae* (SUP) bio bi uspostavljen i poslovao bi u skladu s ujednačenim pravilima u svim državama članicama. Usklađenim postupkom elektroničke registracije putem jedinstvenog obrasca za društvene ugovore i malim iznosom temeljnog kapitala potrebnog za osnivanje, dodatno bi se olakšalo osnivanje društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom. Prema prijedlogu Direktive, vjerovnici bi bili zaštićeni obvezom nametnutom upraviteljima *Societas Unius Personae* (i u pojedinim slučajevima jedinom članu) u vezi s nadzorom raspodjela, a države članice ne bi trebale zahtijevati da se registrirano sjedište društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom i njegova središnja uprava nužno nalaze u istoj državi članici.

Napomenimo kako uz ovaj prijedlog, Komisija stalno provodi aktivnosti glede poboljšanja pravne sigurnosti trgovačkih društava pri poslovanju u ostalim državama članicama, u skladu sa Stockholmskim programom Europskog vijeća iz 2009. Radi omogućavanja uporabe Informacijskog sustava unutarnjeg tržišta, nakon donošenja prijedloga Direktive o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom stavljaju se izvan snage Direktiva 2009/102/EZ i mijenja Uredba 1024/212 .

## **9. IMPLIKACIJE NA HRVATSKO PRAVO DRUŠTAVA**

Ulaskom Republike Hrvatske u Europsku uniju hrvatskim poduzetnicima otvorile su se brojne nove mogućnosti sudjelovanja na širem tržištu dobara i usluga. Sloboda poslovnog nastana, potvrđena ranije navedenim sudskim presudama Europskog suda pravde, omogućuje trgovačkim društvima osnovanima u državama članicama Europske unije slobodno djelovanje i na području Republike Hrvatske bez osnivanja posebnih ustrojbenih oblika na njenom području. Jednako tako i hrvatski poduzetnici mogu izabrati njima najprihvatljiviji oblik trgovačkog društva neke od država članica te društvo otvoriti prema nacionalnim propisima izabrane države. S ciljem konkuriranja glede uvjeta za osnivanje trgovačkih društava na razini Europske unije te sprječavanja migriranja hrvatskih poduzetnika, hrvatski zakonodavac pribjegao je praksi gospodarski razvijenijih država članica i omogućio osnivanje društva s ograničenom odgovornošću s određenim posebnostima<sup>110</sup> na pojednostavljen način i uz znatno sniženje temeljnog kapitala pri osnivanju.<sup>111</sup> Naglasimo kako su se puno prije izrade Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama

110 Petrović, S., Ceronja, P.: op. cit., str. 208.

111 PZE 139

Zakona o trgovačkim društvima u hrvatskoj javnosti pojavili prijepori glede opravdanosti otvaranja mogućnosti osnivanja društva s ograničenom odgovornošću sa znatno sniženim temeljnim kapitalom. Naime, premda su u nacionalnim zakonodavstvima nekih europskih država već postojale inačice klasičnog društva s ograničenom odgovornošću, smatralo se kako u Republici Hrvatskoj nema potrebe za sličnim intervencijama u regulatorni okvir društva s ograničenom odgovornošću. Ovakva stajališta opravdavala su se činjenicom kako je iznos od 20.000 kn, koliko je potrebno za osnivanje društva s ograničenom odgovornošću u Republici Hrvatskoj, u odnosu na gospodarske prilike u granicama Europske unije zapravo vrlo nizak te kako je otvaranje takve mogućnosti pravno političko pitanje.<sup>112</sup>

Novelom hrvatskoga Zakona o trgovačkim društvima iz 2012. godine<sup>113</sup> u Republici Hrvatskoj je ipak omogućeno osnovati inačicu već postojećeg društva kapitala nazvano jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću sa znatno sniženim iznosom temeljnog kapitala potrebnog za osnivanje ovoga društva kapitala.

Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću po svojim je obilježjima društvo s ograničenom odgovornošću<sup>114</sup>, i na njega se, izuzev kada se izričito Zakonom o trgovačkim društvima (dalje: ZTD)<sup>115</sup>, nešto drugo predviđa, na odgovarajući način primjenjuju odredbe koje vrijede općenito za društvo s ograničenom odgovornošću. Dakle, jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću je pravna osoba, društvo kapitala čiji članovi ne odgovaraju za obveze društva i može ga osnovati i jedna osoba.<sup>116</sup>

Ono što razlikuje klasično društvo s ograničenom odgovornošću i jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću su broj članova društva i članova uprave, postupak i akt osnivanja, troškovi osnivanja visine i uplate temeljnog kapitala te poslovnih udjela.<sup>117</sup>

Slično njemačkim propisima, hrvatski ZTD propisuje da tvrtka društva s ograničenom odgovornošću osnovana na pojednostavljen način, obvezno mora sadržavati oznaku „jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću“, odnosno „j.d.o.o.“.<sup>118</sup>

112 Okrugli stol - pravo društava, 2. ožujka 2009.; Javni bilježnik br. 30, Hrvatska javno-bilježnička komora, 2009., str. 4., dostupno na: <http://www.hjk.hr/LinkClick.aspx?fileticket=ObDGZwiT06s%3D&tabid=56&mid=440> (20.02.2014.)

113 Narodne novine, broj 111/12 – stupio na snagu 18. listopada 2012.

114 Društvo s ograničenom odgovornošću je: trgovačko društvo kapitala u koje jedna ili više fizičkih ili pravnih osoba unose uloge s kojima sudjeluju u unaprijed dogovorenem temeljnom kapitalu - Barbić, J.: op. cit., str. 1013.; društvo kapitala u koje članovi ulažu uloge s kojima sudjeluju u unaprijed dogovorenem temeljnom kapitalu, pa temeljem toga stječu u društvu članska prava utjelovljena u poslovnim udjelima - Petrović, S., Ceronja, P.: op. cit., str. 172.

115 Narodne Novine 111/1993, 34/1999, 121/1999, 52/2000, 118/2003, 107/2007, 146/2008, 137/2009, 111/2012, 125/2011, 68/2013

116 Isto i Akšamović, Dubravka: Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću, Informator, br. 6125., 2011., str. 11

117 Loc. cit.

118 Čl. 13. st. 2. t. 4. ZTD-a.

Jedan od razloga za uvođenje jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću u hrvatsko pravo društava mogućnost je pokretanja poslovanja bez angažiranja osobitih financijskih sredstava.<sup>119</sup> Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću moguće je osnovati s najnižim iznosom temeljnog kapitala od 10,00 kn, a najniži nominalni iznos poslovnog udjela može iznositi 1,00 kn pri čemu i temeljni kapital i poslovni udjeli moraju glasiti na pune iznose kuna. Jedna od razlika jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću i klasičnog društva s ograničenom odgovornošću ogleda se u obvezi uplate za preuzete poslovne udjele. Pri osnivanju jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću uloženi za preuzete poslovne udjele uplaćuju se isključivo u novcu. Nakon potpuno uplaćenih uloga za preuzete poslovne udjele u društvu podnosi se prijava za upis društva u sudski registar.

Za inačicu društva s ograničenom odgovornošću kao posebni uvjeti predviđeni su ograničen broj članova društva i članova uprave što je još jedna od razlika u odnosu na klasično društvo s ograničenom odgovornošću. Kako se ova činjenica odražava na organe društva jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću? Prema odredbama ZTD-a, klasičnom društvu s ograničenom odgovornošću obvezni su organi skupština društva i uprava dok je nadzorni odbor fakultativan organ.<sup>120</sup> I dok u klasičnom društvu s ograničenom odgovornošću nisu određeni broj članova društva, kao niti broj članova uprave, za jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću jasno je određeno kako može imati najviše tri člana i samo jednog člana uprave.<sup>121</sup> Osim znatno sniženog iznosa temeljnog kapitala i ograničenog broja članova društva, dodatna posebnost pri osnivanju jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću unaprijed su pripremljeni obrasci, koji bi također trebali olakšati i ubrzati postupak njegova osnivanja.<sup>122</sup> Ako jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću osniva jedna osoba, predviđen je Zapisnik o osnivanju jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom (Prilog 1. Zakonu o trgovačkim društvima). Ako jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću osnivaju dvije ili tri osobe, koristit će Zapisnik o osnivanju jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću s najviše tri člana (Prilog 2. Zakonu o trgovačkim društvima).<sup>123</sup> S obzirom na to da predviđeni obrasci

119 Petrović, S., Ceronja, P.: op. cit., str. 208.

120 Čl. 434. ZTD-a.

121 Čl. 387. st. 2. ZTD.-a

122 Navedeni obrasci priloženi su u samom Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima NN 111/12. Ističemo usklađenje ZIDZTD-a sa zakonima koji uređuju pristojbe, a odnosi se na samo pojeftinjenje troškova osnivanja, s obzirom na obvezu uplate pristojbi pri osnivanju svih trgovačkih društava, pa tako i jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću. Zakon o dopunama Zakona o sudskim pristojbama (NN br. 112/12.) i Zakon o dopuni Zakona o javnobilježničkim pristojbama (NN br. 112/12.), donešeni su u tu svrhu. Tako čl. 10. st. 1. t. 9. drugonavedenoga Zakona predviđa i osnivače jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću. Zakonom o dopunama Zakona o sudskim pristojbama, za prijavu upisa j. d. o. o.-a u sudski registar propisana je pristojba od 30,00 kn - Vidović, Ante: Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću, RRiF br. 11/12, str. 167

123 Petrović, S., Ceronja, P.: op. cit., str. 209.

predstavljaju temeljni osnivački akt društva, što je kod društva s ograničenom odgovornošću društveni ugovor<sup>124</sup>, neki autori ističu bojazan kako će ovakva štura regulacija međusobnih prava i obveza članova društva imati dalekosežne negativne učinke.<sup>125</sup> Prije svega, smatra se kako će nedovoljno regulirani međusobni odnosi između članova u slučaju njihova spora dovesti do dodatne komplikacije kada niti društveni ugovor (u ovom slučaju obrasci) niti ZTD ne predviđaju odredbe za njegovo rješenje.<sup>126</sup>

Uz predviđene obrasce za osnivanje jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću, značajno je ukazati na želju zakonodavca za snižavanjem visine troškova osnivanja društva. Naime, za osnivanje jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću predviđeno je potpuno oslobođenje plaćanja javnobilježničke pristojbe. Uzmemo li u obzir kako je za javnobilježničke pristojbe pri osnivanju klasičnog društva s ograničenom odgovornošću potrebno izdvojiti između 3.000 do 5.000 kn, a za cijeli postupak njegova osnivanja čak i do 25.000 kuna, a nasuprot tome osnivanje jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću oko 720,00 kn, vidljiva je značajna ušteda financijskih sredstava što je posebno značajno poduzetnicima koji ne raspolažu većim financijskim sredstvima pri pokretanju poslovanja.

Kako smo ranije naveli, jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću može imati samo jednog člana uprave. Taj jedini član uprave društvo zastupa samostalno i neograničeno. Sastavni dio zapisnika o osnivanju jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću čini obrazac sa strogo formuliranom izjavom jedinog člana uprave društva o prihvaćanju imenovanja. Popunjeni obrazac zapisnika vrijedi kao popis članova društva, osoba ovlaštenih da vode poslove društva, sadrži izjavu člana uprave o prihvaćanju imenovanja te njegov potpis koji se pohranjuje u sudski registar.<sup>127</sup>

Nadalje, prema uzoru na njemački model mini društva s ograničenom odgovornošću, jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću mora imati zakonske rezerve u koje je dužno unijeti četvrtinu iznosa dobiti društva iskazane u godišnjim financijskim izvješćima umanjene za iznos gubitka iz prethodne godine. Ovo je još jedna od razlika jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću u odnosu na klasično društvo s ograničenom odgovornošću gdje je odredbama ZTD-a članovima osigurano autonomno odlučivanje o raspolaganju dobiti. U čl. 406. ZTD-a navodi se kako članovi imaju pravo na isplatu godišnje dobiti te, ako društvenim ugovorom nije drukčije određeno, odlukom o upotrebi dobiti članovi mogu iznos dobiti u potpunosti ili dijelom unijeti u rezerve društva ili ostaviti kao zadržanu dobit. U slučaju jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću ZTD u čl. 390.a. st. 5. taksativno ograničava uporabu zakonskih rezervi u sljedeća tri slučaja:

124 Čl. 387. st. 1. ZTD-a; ako društvo s ograničenom odgovornošću osniva samo jedan član, društveni ugovor zamjenjuje izjava o osnivanju društva s ograničenom odgovornošću, ovjerovljena kod javnog bilježnika (čl. 387. st. 3. ZTD.a).

125 Akšamović, D.: op. cit., str. 11.

126 Loc. cit.

127 Petrović, S., Ceronja, P.: op. cit., str. 209.

- 1.) povećanje temeljnog kapitala pretvaranjem rezervi u temeljni kapital društva,
- 2.) pokriće gubitka iskazanog za godinu za koju se podnose godišnja financijska izvješća, ako nije pokriven iz dobitka prethodne godine,
- 3.) pokriće gubitka iskazanog za prethodnu godinu ako nije pokriven iz dobitka iskazanog u godišnjim financijskim izvješćima za godinu za koju se podnose.<sup>128</sup>

Kao i kod klasičnog društva s ograničenom odgovornošću nesposobnost za plaćanje povlači obvezu sazivanja skupštine društva. U slučaju da temeljni kapital jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću dosegne ili postane veći od najnižeg iznosa temeljnog kapitala klasičnog društva s ograničenom odgovornošću<sup>129</sup>, takvo društvo prestaje biti jednostavno, i na njega se primjenjuju pravila klasičnog društva s ograničenom odgovornošću. Postane li jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću povećanjem temeljnog kapitala klasično društvo s ograničenom odgovornošću, može nastaviti sudjelovati u prometu roba i usluga pod jednakom tvrtkom.

Pred zaključna razmatranja naglasimo kako i danas ovakvo zakonsko rješenje za bržim i jednostavnijim osnivanjem oblika društva s ograničenom odgovornošću u Hrvatskoj nailazi na negodovanje. Naime, aktualna su stajališta kako smo se ovakvom regulacijom vratili na mogućnost uvođenja društva s ograničenom odgovornošću kakvo je omogućavao Zakon o poduzećima<sup>130</sup>, bez temeljnog kapitala unošenjem fiktivnih stvari.<sup>131</sup>

Ipak, prema podacima Ministarstva pravosuđa, od otvaranja mogućnosti za osnivanjem jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću u Hrvatskoj je registrirano njih sveukupno 11 138<sup>132</sup> pri čemu ih se većina odnosi na kupoprodaju, obavljanje trgovačkog posredovanja na domaćem i inozemnom tržištu, zastupanja, prijevoza za vlastite potrebe, ugostiteljskih usluga i slično. Iz navedenoga može se zaključiti kako su ciljevi zakonodavaca za poticanje poduzetničke klime i povećanje mogućnosti samozapošljavanja djelomično i ispunjeni.

## 10. ZAKLJUČNO

Razlike u nacionalnim zakonodavstvima u području prava društava među državama članicama Europske unije postale su svojevrsna prepreka u prekograničnom poslovanju unutar njenih granica što je posebice došlo do izražaja povećanjem država članica. Odlukama u predmetima *Centros*, *Überseering*, *Inspire*

128 Ibid., str., 210.; Vidović, A. op. cit. (u bilj. 122), str. 167.

129 Prema ZTD-u temeljni kapital potreban za osnivanje klasičnog društva s ograničenom odgovornošću iznosi 20.000,00 kn.

130 Narodne novine 53/91, 58/93

131 Kaleb, Zorislav: Osnivanje jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću, *Pravo u gospodarstvu*, 3/2013, str. 643.

132 Zaključno s veljačom 2014. godine.

*Art* i *SEVIC* Europski sud je pokrenuo regulatorno natjecanje između država članica i dao prednost teoriji osnivanja u odnosu na teoriju stvarnog sjedišta društva. Navedene presude i značajan broj poduzetničkih migracija dovele su do niza reformi u području prava društava u državama članicama Europske Unije. Premda se usklađivanje prava društava na razini Europske unije dugo smatralo jednim načinom očuvanja regulatorne različitosti, smatramo kako je jednakog učinka i natjecanje nastalo u uređenju navedenog područja izazvano presudama Europskog suda u slučajevima ostvarivanja slobode poslovnog nastana.

Suočen s velikim brojem novoosnovanih engleskih društava s ograničenom odgovornošću i regulatornom konkurencijom u području prava društava među članicama Europske unije i njemački je zakonodavac pribjegao reformi regulacije društava s ograničenom odgovornošću. Uvođenjem mini društva s ograničenom odgovornošću, njemački zakonodavac uspio je inačicu klasičnog društva s ograničenom odgovornošću učiniti konkurentnijom bez preslikavanja rješenja iz zakonodavstava ostalih država članica Europske unije. I dok se u posljednje vrijeme pojavljuju dvojbe glede povezanosti regulatornog natjecanja i smanjenja atraktivnosti engleskog *limited liability company* među njemačkim poduzetnicima, neosporno je da se Mini društvo s ograničenom odgovornošću u njemačkoj poslovnoj praksi pokazalo kao uspješan model. Od 2008. do kraja 2013. godine osnovano je više od 100.000 takvih malih društava s temeljnim kapitalom od 1 euro. Snižavanje temeljnog kapitala i pojednostavljivanje osnivanja društva s ograničenom odgovornošću svakako su imali pozitivne učinke na poduzetničke kulturu i zaustavile ekspanziju osnivanja engleskog društva s ograničenom odgovornošću među njemačkim poduzetnicima. Neosporan je stoga značaj i učinak reforme njemačkoga GmbHG-a.

Ipak, analize zakonodavnih reformi u području prava društava među državama članicama Europske unije ostavljaju prostora za bojazan kako će se poslovni subjekti pri izboru pravnog oblika potrebnog za obavljanje svoje djelatnosti, u konačnici umjesto najboljeg odlučivati za najjeftiniji i onaj koji zahtijeva najmanje formalnosti.

## Summary

### **THE CHANGES OF THE REGULATORY FRAMEWORK OF A GERMAN LIMITED LIABILITY COMPANY AS A CONSEQUENCE OF REGULATORY COMPETITION IN THE FIELD OF COMPANIES LAW AMONG THE EUROPEAN UNION MEMBER STATES**

This paper provides analysis of the background and the progress of the greatest reform of the German companies law regulatory framework, with special emphasis on enabling the founding of a version of limited liability company, the so-called Mini GmbH. It points out to the rulings of the European Court which are crucial to confirming the right to freedom of business founding and the development of the regulatory competition in the field of companies law among the European Union member states. The legal organization of the German version of limited liability company and of its greatest competitor, the English limited liability company, is presented in a comparative way. It strives to provide an answer to the questions whether the German legislator did manage to protect the limited liability company from abuse in business management, and whether it did manage to make it more attractive in relation to the international true forms through deregulating and modernizing. Lastly, it also analyzes the implications of the regulatory competition on the companies law of the Republic of Croatia, as the European Union's youngest member state.

**Key words:** *modernization of a limited liability company, freedom of business founding, regulatory competition, reform of companies law, simple limited liability company.*

## Zusammenfassung

### **ÄNDERUNGEN DES REGULATORISCHEN RAHMENS DER DEUTSCHEN GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG ALS KONSEQUENZ DER REGULATORISCHEN KONKURRENZ ZWISCHEN DEN EU-MITGLIEDSSTAATEN IM BEREICH DES GESELLSCHAFTSRECHTS**

In der Arbeit werden der Hintergrund und der Ablauf der größten Reform des deutschen regulatorischen Rahmens der Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit besonderer Betonung auf die Ermöglichung der Gründung der sog. Mini-GmbH, einer Variante der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, analysiert. Es wird auf die Urteile des Europäischen Gerichtshofs hingewiesen, welche entscheidend für die Bestätigung des Rechts auf Freiheit der Gesellschaftsgründung und für die Entwicklung der regulatorischen Konkurrenz zwischen den EU-Mitgliedsstaaten im Bereich des Gesellschaftsrechts sind. Die Rechtsregelung der deutschen Variante der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der englischen Limited, ihrer größten Konkurrenten, werden komparativ dargestellt. Es wird versucht, die Frage zu beantworten, ob dem deutschen Gesetzgeber gelungen ist, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor Missbrauch im Geschäftsverkehr zu schützen und sie durch Deregulierung und Modernisierung attraktiver als die ausländischen Konkurrenzformen zu machen. Abschließend werden Implikationen des regulatorischen Wettbewerbs auf das Gesellschaftsrecht der Republik Kroatien, des jüngsten EU-Mitgliedsstaates, analysiert.

**Schlüsselwörter:** *Modernisierung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Freiheit der Gesellschaftsgründung, regulatorische Konkurrenz, Reform des Gesellschaftsrechts, einfache Gesellschaft mit beschränkter Haftung.*



## RIASSUNTO

### **MODIFICHE DEL QUADRO REGOLATORIO DELLA SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA TEDESCA QUALE CONSEGUENZA DELLA CONCORRENZA REGOLATORIA NELL'AMBITO DEL DIRITTO SOCIETARIO TRA GLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA**

Nel lavoro si analizzano i retroscena ed il corso della piu' grande riforma del quadro regolatorio delle societa' a responsabilita' limitata con particolare attenzione per la possibilita' di costituzione di una variante delle societa' a responsabilita' limitata, le c.d. mini GmbH. Vengono indicate le sentenze della Corte di Giustizia, che sono centrali per l'affermazione del diritto alla liberta' di stabilimento e per lo sviluppo della concorrenza regolatoria nell'ambito del diritto societario tra gli stati membri dell'Unione europea. In chiave comparatistica si evidenzia la disciplina dell'equivalente della societa' a responsabilita' limitata ed il suo piu' significativo rivale, l'inglese Limited. Si tenta di rispondere alla domanda se il legislatore tedesco sia riuscito a tutelare la societa' a responsabilita' limitata da abusi nella prassi degli affari, rendendola mediante la deregolazione e la modernizzazione piu' attrattiva rispetto alle forme giuridiche equivalenti all'estero. Da ultimo si analizzano le implicazioni della concorrenza regolatoria sulle societa' della Repubblica di Croazia, quale piu' giovane stato membro dell'Unione europea.

**Parole chiave:** *modernizzazione delle societa' a responsabilita' limitata, liberta' di stabilimento, concorrenza regolatoria, riforma del diritto societario, societa' semplice a responsabilita' limitata.*

## ZAKONSKE SLUŽNOSTI U PRAVNOM SUSTAVU REPUBLIKE HRVATSKE

Aleksandra Popovski, mag. iur., asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.26(497.5)  
Ur.: 29. listopada 2014.  
Pr.: 20. studenoga 2014.  
Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*U radu se razmatraju zakonske služnosti kao oblik javnopravnog ograničenja prava vlasništva te se utvrđuju glavna obilježja ovog instituta. Definiira se područje primjene zakonskih služnosti pri čemu se detaljnije analiziraju zakonske služnosti osnovane radi gospodarenja dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku te upravljanja javnim dobrom u općoj upotrebi. Unatoč vrlo raširenoj primjeni ovoga instituta u domaćem zakonodavstvu, niti jedan zakonski tekst ne sadrži njegovo pravno određenje što rezultira određenim otvorenim pitanjima u ovom pravnom području.*

**Ključne riječi:** *zakonske služnosti, dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, javno dobro u općoj upotrebi.*

### **1. UVOD**

Vlasništvo je stvarno pravo koje svom nositelju daje širok raspon ovlasti vezanih uz određenu stvar. Ujedno, vlasništvo možemo promatrati i kao ovlaštenje vlasnika da isključi sve druge od zadiranja u stvar koja je objekt prava vlasništva, te na taj način istaknuti apsolutno djelovanje ovog stvarnog prava. Iako je djelovanje prava vlasništva apsolutno, ono nikako nije neograničeno, stoga u pravnim porecima mnogih suvremenih država nalazimo odredbe o socijalnoj vezanosti prava vlasništva. Socijalna vezanost prava vlasništva istaknuta je i u odredbama Ustava Republike Hrvatske, sukladno kojem vlasništvo obvezuje, a nositelji vlasničkog prava i njihovi korisnici dužni su pridonositi općem dobru.<sup>1</sup> U tom smislu propisana je mogućnost ograničavanja ili oduzimanja vlasništva kada to zahtijevaju državni interesi uz naknadu tržišne vrijednosti, a k tome poduzetnička sloboda i vlasnička prava mogu iznimno biti ograničene zakonom i to radi zaštite

1 Članak 48. stavak 2. Ustava Republike Hrvatske, NN br. 85/2010. i 5/2014.

interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša te zdravlja ljudi.<sup>2</sup> Ovakvo opće ograničenje prava vlasništva predstavlja ovlaštenje zakonodavnoj, sudskoj i upravnoj funkciji da u granicama svojih nadležnosti konkretiziraju pravilo o socijalnoj vezanosti vlasništva.<sup>3</sup>

Detaljnije odredbe o granicama vlasničkih ovlasti nalazimo u odredbama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, sukladno kojemu nositelj prava vlasništva može sa stvari koja je u njegovom vlasništvu i koristima od nje činiti što ga je volja samo u onoj mjeri u kojoj to nije protivno tuđim pravima i zakonskim ograničenjima.<sup>4</sup> Za temu ovoga rada možda su najrelevantnije odredbe o posebnim ograničenjima, koje vlasnika obvezuju da u izvršavanju svojih ovlasti ne ide preko granica koje su svim vlasnicima istovrsnih stvari određene temeljem zakona, a radi zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi. U tom smislu, ako je za neku stvar zakonom utvrđeno da je od interesa za Republiku Hrvatsku te je propisan poseban način njezine upotrebe i iskorištavanja, vlasnik takve stvari dužan je svoje pravo vlasništva izvršavati u skladu s time te mu pripada pravo na naknadu za ograničenja kojima je podvrgnut.<sup>5</sup>

Kako bi se reguliralo vršenje vlasničkih ovlasti na određenim dijelovima materijalnog svijeta od velike važnosti za interes i sigurnost Republike Hrvatske, zaštitu prirode i ljudskog okoliša te zdravlja ljudi, većim brojem zakona propisana su javnopravna ograničenja prava vlasništva koja su po pravnoj prirodi zakonske služnosti. Iako zakonske služnosti zbog raširene primjene u praksi igraju važnu ulogu u svakodnevnom životu, određenje ovog instituta ne nalazi se ni u jednom zakonskom tekstu.<sup>6</sup> Situacija nije znatno drukčija ni u pravnoj znanosti. Naime definiranju instituta zakonskih služnosti posvetio se manji broj teoretičara te nikada nije postignut opći konsenzus oko njegovog sadržaja. Posljedica navedenog je i to da se sam pojam zakonskih služnosti pravnoj literaturi upotrebljava s različitim značenjima.

Nedostatak jasnog pozitivno-pravnog određenja zakonskih služnosti u pravnoj literaturi i zakonodavstvu razlog je našeg nastojanja da u prvom i drugom dijelu rada razlučimo i jasno prikažemo temeljna obilježja ovog instituta. Pritom, radi nedoumice koje postoje po pitanju korištenja samoga pojma zakonskih služnosti, razgraničavamo ovaj institut od instituta služnosti kao stvarnog prava na tuđoj

2 Članak 50. *Ustava Republike Hrvatske*. Crnić ističe kako u slučaju ograničenja poduzetničke slobode i vlasničkih prava radi zaštite interesa i sigurnosti Republike, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi nema ustavnog jamstva naknade u visini tržišne vrijednosti. Više vidi u: Crnić, Jadranko, *Ograničenje vlasništva*, *Informator*, br. 4998 – 4999., 30. 1. i 2. 2. 2002., str. 3.

3 Gavella, Nikola, *Sadržaj i granice vlasnikove pravne vlasti*, *Odabrane teme iz stvarnog prava*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 1992., str. 36 – 38.

4 *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, NN br. 91/1996., 68/1998., 137/1999., 22/2000., 73/2000., 114/2001., 79/2006., 141/2006., 146/2008., 38/2009., 153/2009., 90/2010. i 143/2012.

5 Članak 32. stavci 1., 2. i 3. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*.

6 Ovaj institut spominje se samo u članku 185. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* u kojem se navodi kako su zakonske služnosti vrsta ograničenja prava vlasništva te se na njih ne primjenjuju pravila o služnostima, ako zakonom nije drukčije određeno.

stvari. U trećem dijelu rada definiramo područje primjene zakonskih služnosti te ukazujemo na važnost uloge koju ovaj institut ima na našim prostorima već dugi niz godina. U tom smislu ukazujemo na funkciju koju zakonske služnosti imaju u gospodarenju dobrima koja su od interesa za cjelokupnu zajednicu te upravljanju određenim kategorijama dobara u državnom vlasništvu. Četvrti dio rada donosi analizu zakonskih služnosti u hrvatskom zakonodavstvu. Zakonske služnosti koje se osnivaju u području gospodarenja dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku imaju vrlo široku i prilično nesustavnu primjenu. Radi navedenog, grupirali smo pojavne oblike ovog javnopravnog ograničenja prava vlasništva u četiri skupine s obzirom na njihovu svrhu. Prvu skupinu čine zakonske služnosti osnovane radi gospodarenja šumama, šumskim zemljištem i poljoprivrednim zemljištem, dok u drugoj skupini analiziramo zakonske služnosti osnovane radi zaštite prirode i ljudskog okoliša. U trećoj skupini nalaze se zakonske služnosti koje su u službi vodnoga gospodarstva, a četvrtu skupinu čine zakonske služnosti čija je primarna uloga gospodarenje kulturnim dobrima. Konačno, u petom dijelu rada izložena je problematika koja proizlazi iz manjkave i nedovoljno ujednačene pravne regulative zakonskih služnosti te se daju prijedlozi za uređenje ovog instituta *de lege ferenda*.

## 2. ODREĐENJE POJMA ZAKONSKIH SLUŽNOSTI

U pravnoj literaturi pojam zakonske služnosti koristi se u tri različita smisla. Tako Krbek, Gavella i Staničić po pojmom zakonskih služnosti podrazumijevaju vrstu javnopravnog ograničenja prava vlasništva.<sup>7</sup> Međutim isti pojam nerijetko se koristi za označavanje stvarne služnosti osnovane zakonom kao oblika stvarnog prava, ali i kao sinonim za susjedska prava.<sup>8</sup> Zakonske služnosti zapravo su vrsta

7 Krbek ističe kako zakonska služnost predstavlja upravnoopravno ograničenje prava vlasništva, praktički najviše zemljišta. U tom smislu zakonska služnost obvezuje vlasnika zemljišta na određeno trpljenje ili propuštanje koje je u javnom interesu, primjerice u interesu javnoga zdravlja, prometa, obrane, javne sigurnosti i tome slično. Vidi Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave – III. knjiga funkcioniranje i upravni spor*, Zagreb, Birozavod, 1962., str. 174. Gavella također navodi kako zakonska služnost predstavlja ograničenje prava vlasništva. Ovo ograničenje sastoji se u tome da vlasnika ograničava u izvršenju sadržaja njegova prava tako što je primjerice dužan trpjeti određene imisije ili mu je zabranjeno sjeći šumu. U prvom slučaju ograničavajući pozitivnu stranu prava vlasništva vlasniku se nameće dužnost trpljenja, a u drugom slučaju ograničavajući negativnu stranu ovoga prava vlasnika se obvezuje na propuštanje. Gavella, Nikola, *Stvarno pravo – svezak II.*, Zagreb, Narodne novine, 2007., str. 14. O zakonskim služnostima kao javnopravnom ograničenju prava vlasništva piše i Staničić. Vidi Staničić, Frane, Neka javnopravna ograničenja vlasništva u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji u razdoblju od 1852. do 1918., *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, vol. 63, br. 5 – 6, str. 1136.

8 Prema Vizneru, zakonska služnost je služnost koja nastaje na temelju zakona. Kao primjer zakonske služnosti u hrvatskome pravu navodi služnost osnovanu dosjelošću. Vidi Vizner, Boris, *Zakonske služnosti (legalni servituti) po novom Zakonu o osnovnim vlasničkopравnim odnosima, Naša zakonitost*, br. 6/80, str. 62 – 63. Finžgar također pod zakonskom služnošću podrazumijeva onu služnost koja nastaje temeljem zakona, međutim ističe i njen karakter

javnopravnog ograničenja prava vlasništva te kao takve spadaju u širu grupaciju u kojoj se još nalaze izvlaštenje, arondacija te komasacija. Radi se o institutu upravnoga prava, kojim se vlasnika određene nekretnine obvezuje na neko trpljenje ili propuštanje. Pritom je bitno istaknuti kako navedena obveza mora biti ustanovljena u javnom interesu, primjerice u interesu obrane, javnoga zdravlja, sigurnosti i tome slično. Postoje dva načina zasnivanja ovog ograničenja prava vlasništva. Tako zakonska služnost može postojati *ipso iure*, u kojem slučaju nije potrebno donositi posebno rješenje o njenom osnivanju nego je dovoljno da je njeno postojanje propisano zakonom. S druge strane, zakon može dati ovlast određenom javnopravnom tijelu da pod propisanim pretpostavkama ustanovi zakonsku služnost, u kojem slučaju se donosi konstitutivno rješenje. Vlasnik nekretnine koji zbog zakonske služnosti mora nešto trpjeti ili propuštati u pravilu nema pravo na naknadu za ograničenje prava vlasništva. Naime naknada se daje samo u točno određenim slučajevima propisanim zakonom. Zakonska služnost nalazi se izvan pravnoga prometa pa ne može doći do njenog prestanka zastarom ili pak otuđenja. Konačno, sankcije koje se primjenjuju zbog kršenja obveze trpljenja, odnosno propuštanja imaju upravno-pravni karakter. Uzmemo li u obzir sva navedena obilježja, zakonske služnosti možemo definirati kao javnopravno ograničenje prava vlasništva kojim se svagdašnjeg vlasnika određene nekretnine obvezuje na trpljenje, odnosno propuštanje za koje ne postoji pravo na naknadu, ako drukčije nije propisano zakonom.

Razlog zbog kojega postoje nedoumice kada je u pitanju korištenje samog pojma zakonskih služnosti je činjenica da se u pravnoj literaturi ovaj pojam često koristi za označavanje određenih vrsta stvarnih služnosti. Tako dolazi do miješanja dvaju različitih instituta od kojih je jedan javnopravno ograničenje prava vlasništva, a drugi stvarno pravo na tuđoj stvari. Tako primjerice stvarna služnost može biti osnovana u korist nekretnine koja je javno dobro u općoj ili javnoj upotrebi. Kao ovlaštenik služnosti u tom se slučaju često javlja država kao vlasnik javnog dobra, a sadržaj takve služnosti kod javnog dobra u općoj upotrebi može izvršavati svatko, a kod javnog dobra u javnoj upotrebi javnopravno tijelo ili ustanova kojoj je ono povjereno.<sup>9</sup> Praktični učinci ovakve stvarne služnosti nalik su učincima zakonskih služnosti, što može stvoriti dvojbu. Nadalje, pojam zakonska služnost često se

---

javnopravnog ograničenja prava vlasništva te u tom smislu posebno razmatra pravnu narav instituta nužnog prolaza. Finžgar, Alojz, Da li postoje zakonske stvarne služnosti, *Glasnik Pravnog fakulteta u Kragujevcu*, 1981., str. 105 – 107. i 112. Derenčin pak definira zakonsku služnost kao javnopravno ograničenje prava vlasništva koje se sastoji u zakonom propisanim pretpostavkama za stjecanje stvarne služnosti na nečijoj nekretnini protiv njegove volje. Vidi Derenčin, Marian, *Tumač k obćemu austrijskomu građanskomu zakoniku, II. knjiga*, Zagreb: Nakladom sveučilišne knjižare Albrechta i Fiedlera, 1883., str. 514. Konačno, Stanković i Orlić pod zakonskom služnošću podrazumijevaju ograničenje prava vlasništva stvarnopravnog karaktera na temelju kojeg susjed mora nešto trpjeti ili propuštati, a sva ostala zakonska ograničenja iz susjedskih odnosa bila bi susjedska prava. Stanković, Obren; Orlić, Miodrag, *Stvarno pravo*, Beograd, Naučna knjiga, 1986., str. 301 – 302.

9 Gavella, N., *Stvarno...*, cit., str. 16.

koristi kako bi se naznačilo stvarnu služnost koja je nastala temeljem zakona. Međutim valja istaknuti kako u našem pravnom sustavu postoji samo jedan slučaj kada stvarna služnost nastaje neposredno na temelju zakona, a to je dosjelost.<sup>10</sup> Služnost nastala temeljem zakona i zakonska služnost slične su utoliko što obvezuju vlasnika zemljišta na određeno propuštanje ili trpljenje te postoje *ipso iure*, no zapravo su to dva potpuno različita instituta. Naime služnost i zakonska služnost instituti su koji se razlikuju po pravnoj prirodi, subjektima, načinu sudjelovanja u pravnom prometu, sankcijama za povredu obveza i mnogočemu drugome. Služnost je stvarno pravo na tuđoj stvari, dok je zakonska služnost javnopravno ograničenje vlasništva koje se osniva u javnom interesu. Za razliku od služnosti, zakonska služnost ne postoji u okviru posebnoga pravnog odnosa gdje bi vlasništvo došlo u koliziju s nečijim subjektivnim pravom, nego postoji unutar samoga sadržaja vlasništva.<sup>11</sup> Također, služnost se osniva u korist građanskopravnog, u pravilu susjedskog vlasništva, dok se zakonska služnost osniva prvenstveno u javnom interesu, te ne postoji određena osoba ili stvar s obzirom na koje je ustanovljena, niti postoji građanskopravni odnos između vlasnika i osobe kojoj je u interesu. Drugim riječima, služnost se od zakonske služnosti razlikuje po tome što uvijek ima određenog ovlaštenika.<sup>12</sup> Za razliku od služnosti, zakonska služnost je izvan pravnog prometa, pa se primjerice ne može otuđiti niti prestati postojati zbog zastare. Također, sankcije koje se primjenjuju zbog nepoštovanja obveza trpljenja, odnosno propuštanja koje proizlaze iz zakonske služnosti imaju upravni karakter.<sup>13</sup> Kako zakonske služnosti nisu služnosti u smislu građanskog prava jasno je istaknuo i zakonodavac. Navedeno proizlazi iz odredbi Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima kojima je utvrđeno sljedeće: „Određuje li neki posebni zakon da pod određenim pretpostavkama neke služnosti terete one stvari glede kojih su te pretpostavke ispunjene (zakonske služnosti) to su zakonska ograničenja prava vlasništva, pa se na njih ne primjenjuju pravila o služnostima, ako zakonom nije drugačije određeno.“<sup>14</sup>

### 3. PODRUČJE PRIMJENE ZAKONSKIH SLUŽNOSTI

Zakonske služnosti nisu novina u našem pravnom sustavu. O velikoj važnosti koju je ovaj institut imao u prošlosti govori njegova zastupljenost u pravnim propisima koji su doneseni još temeljem Općeg građanskog zakonika u Habsburškoj Monarhiji. Navedeni propisi vrijedili su u velikom dijelu Europe, koji je obuhvaćao i teritorij koji danas pripada Republici Hrvatskoj. Zakonske služnosti imale su značajnu ulogu u tadašnjem riječnom, željezničkom i cestovnom prometu, kao i u

10 Ibid., str. 22.

11 Ibid., str. 14.

12 Grbin, Ivo, *Pravo služnosti, Vlasništvo i druga stvarna prava u praksi*, Zagreb, Narodne novine, 1990., str. 155.

13 Krbek, I., op. cit., str. 174.

14 Članak 185. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*.

djelatnosti upravljanja šumama. Tijekom vremena ovaj institut sve je veću važnost dobivao u djelatnostima održavanja javne sigurnosti, javnog zdravlja te općenito u zaštiti javnog interesa. Zakonske služnosti i danas se osnivaju radi zaštite navedenih vrijednosti. Ova se svrha ostvaruje u području gospodarenja dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku te upravljanja javnim dobrom u općoj upotrebi.

Dobra od interesa za Republiku Hrvatsku ustavna su kategorija. Za navedena dobra specifično je to da je način njihove upotrebe i iskorištavanja uređen zakonom te da uživaju posebnu razinu zaštite od strane države. Unutar kategorije dobara od interesa za Republiku Hrvatsku možemo razlikovati opća dobra koja nisu sposobna biti predmetom stvarnih prava i dobra koja su predmet vlasništva.<sup>15</sup> Potonja dobra mogu biti u vlasništvu države i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, ali i u vlasništvu privatnih subjekata. Neovisno o tome tko je nositelj prava vlasništva, dobra od interesa za Republiku Hrvatsku predmet su posebne regulative koja se sastoji u mnogobrojnim ograničenjima kojima su vlasnici takvih dobara podvrgnuti. Navedena ograničenja po pravnoj su prirodi zakonske služnosti. Tako su većim brojem zakona kojima se neki dio materijalnog svijeta utvrđuje kao dobro od interesa za Republiku Hrvatsku ustanovljene zakonske služnosti kojima je prvenstveni cilj zaštita i očuvanje navedenog dobra. Tako su primjerice na određeno trpljenje ili propuštanje obvezani vlasnici: šuma i šumskih zemljišta, poljoprivrednog zemljišta, zaštićenih dijelova prirode, kulturnih dobara te vodnog dobra. U tom smislu zakonske služnosti prvenstveno imaju ulogu sredstva kojim država gospodari onim dobrima koja su od interesa za cjelokupnu društvenu zajednicu, a nalaze se u privatnom vlasništvu.<sup>16</sup>

15 Opća dobra su zrak u zemljinoj atmosferi kao cjelini, rijeke, jezera i more kao cjelina te morska obala kao cjelina. Vidi Gavella, N., *Svarno...*, cit., str. 136.

16 Zakonske služnosti nisu novina u našem pravnom poretku nego predstavljaju sredstvo kojim država gospodari nekim od navedenih dobara više od stoljeća. U tom smislu Staničić navodi brojne zakonske služnosti koje su bile ustanovljene još posebnim zakonima donesenima temeljem *Općeg građanskoga zakonika* na području Kraljevine Hrvatske i Slavonije. Tako je vlasnik zemljišta sukladno *Općem šumskom zakonu* od 3. prosinca 1852. godine, koji je u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji proglašen *Cesarskim patentom* od 24. lipnja 1857. godine, morao dopustiti da se preko njegove zemlje iznose šumski proizvodi, ako ih se nikako drukčije nije moglo iznijeti iz šume ili bi to prouzrokovalo nerazmjerno velike troškove. Ovo nisu bila jedina ograničenja vlasništva koja je postavljao navedeni zakon. Naime većim brojem njegovih odredbi bile su propisane različite zabrane postupanja sa šumom, ali i pravo drvarenja. Više vidi u: Staničić, F., *Neka...*, cit., str. 1136 – 1137. Tako su primjerice stanovnici sela bili ovlaštteni besplatno ubirati drvenu građu za ogrjev, gradnju i popravak vlastitih kuća i sličnih zgrada te izradu kola i ratarskog oruđa. Isto je vrijedilo za drvo i ugljen što su ga stanovnici sela vlastitim vozilima dopremali i prodavali na određenim, njima namijenjenim, tržištima. Više vidi u: Piškorić, Oskar, O drvarenju bosansko–hercegovačkog seljaka, *Šumarski list*, br. 60., 1936., str. 400. Zakonske služnosti koje su se odnosile na gospodarenje raznim dobrima od interesa za cjelokupno stanovništvo nastavile su postojati i nakon raspada Austro-Ugarske Monarhije. Razne zakonske služnosti definirale su upravljanje šumama, šumskim te poljoprivrednim zemljištem i u Federativnoj Narodnoj Republici Jugoslaviji. Tako Krbek navodi *Zakon o rudarstvu*, sukladno kojemu su vlasnici zemljišta bili dužni dopustiti rudarskom poduzeću obilježavanje točaka na zemljištu pri mjerenju i postavljanju međaša eksploatacijskog polja. Prema *Zakonu o iskorištavanju poljoprivrednog*

Osim gospodarenja dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku, zakonske služnosti imaju neizostavnu ulogu u upravljanju javnim dobrima u općoj upotrebi. U ovu kategoriju dobara spadaju oni dijelovi materijalnog svijeta koji su u vlasništvu Republike Hrvatske te ih može upotrebljavati svatko sukladno njihovoj namjeni. Konkretno, radi se o javnim cestama, željezničkoj infrastrukturi i javnom vodnom dobru. Zakonima kojima je uređeno upravljanje ovim dobrima također je propisan određeni broj zakonskih služnosti, koje se prvenstveno odnose na vlasnike nekretnina koje graniče s javnim dobrom u općoj uporabi ili su u njegovoj neposrednoj blizini.<sup>17</sup>

Iako je bez zakonskih služnosti nezamislivo gospodarenje mnogobrojnim dobrima koja su od interesa za Republiku Hrvatsku, kao i upravljanje javnim dobrom u općoj upotrebi, niti jedan od zakona koji propisuje primjenu navedenog javnopravnog ograničenja prava vlasništva ne sadrži pojam zakonske služnosti. Smatramo kako je takva regulacija manjkava te izaziva pravnu nesigurnost. Ovo posebno dolazi do izražaja u slučajevima nepoštovanja obveze trpljenja ili propuštanja koje se zakonskim služnostima nameću jer u tim situacijama može doći do ozbiljnog ugrožavanja javnog interesa. Zbog ovoga ćemo u nastavku rada detaljnije razmotriti zakonske služnosti koje postoje u pozitivnom hrvatskom zakonodavstvu. Institut je je pritom analiziran s aspekta osnovnih teorijskih obilježja koje smo naveli u prethodnom poglavlju.

---

*zemljišta*, korisnici zemljišta bili su dužni dopustiti prijelaz preko svojeg zemljišta osobama koje obavljaju poslove vezane uz sustav navodnjavanja, dok je sukladno *Osnovnom zakonu o šumama*, korisnici zemljišta morao dopustiti privremeni prijevoz i smještaj tuđih šumskih proizvoda na svom zemljištu. Vidi Krbek, I., op. cit., str. 174 - 175.

- 17 Zakonske služnosti već dugo povijesno razdoblje imaju bitnu ulogu u upravljanju vodnim, cestovnim i željezničkim prometom. Tako se još u Habsburškoj Monarhiji sukladno *Zakonu o vodnom pravu* na obalnom posjedu uspostavljala služnost na onom području gdje je trebalo izgraditi kopitnice za ljude i marvu duž plovnih rijeka. Posjednik obale bio je dužan dopustiti da brodovi i splavi pristaju na mjesta koja je odredila nadležna vlast, kao i njihov odlazak s obale te izvođenje radova na postavljanju i održavanju građevina koje su služile za obranu od poplava, regulaciju i korištenje vode. Više vidi u: Staničić, F., Neka..., cit., str. 1138 – 1139. Mnoge zakonske služnosti bile su ustanovljene u službi sigurnosti željezničkog prometa, koji je u ono vrijeme uz riječni promet imao velik značaj za gospodarstvo i svakodnevni život. Tako je *Cesarskom naredbom* od 16. studenoga 1851. godine kojom se za svekolike krunovine izdaje red o obavi ili radnji željeznica, bilo propisano kako se u okolici željeznice ne smije graditi ništa što bi moglo izazvati pogibelj ili požar. Također je bilo zabranjeno krčiti šume i obavljati slične aktivnosti zbog kojih bi kojekakvi predmeti padali na željeznicu ili bi doveli do odrona zemlje ili kamenja. *Okružnicom Carsko–kraljevskog namjesništva* od 10. prosinca 1855. godine o cestovnom redarstvu bile su propisane obveze medašnih posjednika po pitanju gradnje naprava, ograda i krčenja šuma u određenoj udaljenosti od ceste. Ibid., str. 1137. Navedeni instituti dalje su se razvijali u jugoslavenskome pravu. Tako je Krbek kao primjer zakonskih služnosti u Federativnoj Narodnoj Republici Jugoslaviji navodio ograničenja zemljišnog vlasništva koja su se sastojala u zabrani podizanja određenih građevina ili uzgoja određenih biljnih vrsta u području koje služi za hvatanje vode, odnosno u okolici željezničkih pruga i javnih puteva. Vidi Krbek, I., op. cit., str. 174 - 175.



## 4. ZAKONSKE SLUŽNOSTI U ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE HRVATSKE

### 4.1. Zakonske služnosti osnovane radi gospodarenja dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku

Kada govorimo o dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku zakonske služnosti imaju vrlo široku i prilično nesustavnu primjenu. Tako ovaj institut ima važnu ulogu u gospodarenju šumama, šumskim zemljištem, poljoprivrednim zemljištem, vodnim dobrom te općenito u djelatnosti zaštite prirode i ljudskog okoliša te je neizostavan čimbenik politike očuvanja i zaštite biljnih i životinjskih vrsta. S druge strane, bez ovog instituta ne može se zamisliti niti gospodarenje određenim oblicima ljudskog stvaralaštva koji imaju status kulturnih dobara.

#### 4.1.1. Zakonske služnosti u službi gospodarenja šumama, šumskim zemljištem i poljoprivrednim zemljištem.

Sustavno i promišljeno gospodarenje šumama i šumskim zemljištem od velike je važnosti za državu koja raspolaže kvalitetnim šumskim potencijalom kao Republika Hrvatska. Iz navedenog razloga ova dobra uživaju osobitu zaštitu te je način njihovoga korištenja uređen brojnim zakonskim i podzakonskim aktima. Šumama i šumskim zemljištem gospodare Hrvatske šume d.o.o., neovisno o tome nalazi li se ono u državnom ili privatnom vlasništvu. Tako Hrvatske šume d.o.o., primjerice daju naputke o načinima uzgoja, razdobljima kada je dopuštena sječa i tome slično.<sup>18</sup> Detaljne obveze šumoposjednika<sup>19</sup> propisane su Zakonom o šumama, Zakonom o šumskom reprodukcijском materijalu,<sup>20</sup> Zakonom o priznavanju svojti šumskog drveća i grmlja,<sup>21</sup> ali i brojnim podzakonskim općim aktima.<sup>22</sup> Odredbama navedenih akata ustanovljeno je više zakonskih služnosti. Tako je radi očuvanja šume i šumskog zemljišta s jedne strane ograničena mogućnost sječe šumskog materijala, a s druge su detaljno i strogo propisani modaliteti pošumljavanja.<sup>23</sup> Radi

18 Vidi Peček, Robert, Novine u naknadi za poljoprivredno i šumsko zemljište, *Informator*, br. 6231, 2013., str. 8.

19 Šumoposjednik je pravna ili fizička osoba koja je vlasnik odnosno posjednik šume, osim Republike Hrvatske i trgovačkog društva koje gospodari šumama u vlasništvu Republike Hrvatske. Članak 5. *Zakona o šumama*, NN br. 140/2005., 82/2006., 129/2008., 80/2010., 124/2010., 25/2012., 68/2012. i 148/2013.

20 *Zakon o šumskom reprodukcijском materijalu*, NN br. 75/2009., 61/2011., 56/2013. i 14/2014.

21 *Zakon o priznavanju svojti šumskog drveća i grmlja*, NN br. 113/2003. i 33/2005.

22 U tom smislu valja istaknuti *Pravilnik o zaštiti šuma od požara*, NN br. 33/2014., *Pravilnik o vrsti šumarskih radova, minimalnim uvjetima za njihovo izvođenje te radovima koje šumoposjednici mogu izvoditi samostalno*, NN br. 66/2007., 29/2008. i 4/2011. te *Pravilnik o uređivanju šuma*, NN br. 111/2006. i 141/2008.

23 Šumoposjednici tako moraju izbjegavati sječu zaštićenih, rijetkih i ugroženih vrsta drveća, šumskih voćkarica i ostalih vrsta s bobičastim plodovima, kao i bilo kakve radnje koje bi imale

zaštite od požara šumoposjednici su dužni trpjeti i određene preventivno-uzgojne radove koje u njihovim šumama, odnosno na njihovom šumskom zemljištu, provode nadležna tijela jedinica lokalne samouprave.<sup>24</sup> Konačno, ne bi li se osiguralo poštovanje navedenih obaveza, šumoposjednici su dužni dopustiti neometan pristup šumi osobama ovlaštenim za obavljanje nadzora nad gospodarenjem šumama. Također su dužni trpjeti provedbu propisanih motrenja, znanstvenih istraživanja, izmjera za potrebe nacionalne inventure šumskih resursa te sakupljanje podataka sukladno međunarodnim obvezama.<sup>25</sup>

Vlasnici poljoprivrednog zemljišta također nisu sasvim slobodni u vršenju svojih vlasničkih ovlasti. Naime poljoprivredno zemljište mora se održavati pogodnim za poljoprivrednu proizvodnju te je u tom smislu njegovim vlasnicima Zakonom o poljoprivrednom zemljištu određen veći broj obaveza.<sup>26</sup> Kako bi se poljoprivredno zemljište zaštitilo od oštećenja te i dalje služilo proizvodnji zdravstveno ispravne hrane, zaštititi zdravlja ljudi, životinjskog i biljnog svijeta, nesmetanom korištenju te zaštititi prirode i okoliša, vlasnici poljoprivrednih zemljišta moraju se suzdržavati od određenih radnji. U tom smislu zakonske služnosti obvezuju vlasnike poljoprivrednog zemljišta na suzdržavanje od svih djelatnosti i postupaka koji bi rezultirali umanjnjem vrijednosti poljoprivrednog zemljišta, učinili ga nepogodnim za poljoprivrednu proizvodnju ili pak neplodnim.<sup>27</sup> Razradu obaveza koje terete vlasnike poljoprivrednog zemljišta nalazimo u podzakonskim općim aktima, primjerice u Pravilniku o zaštiti poljoprivrednog zemljišta od

---

štetni utjecaj na kvalitetu i kvantitetu izvora i akumulacija te slobodno kretanje površinskih i podzemnih voda. Šumoposjednicima je također zabranjeno smještajem i strukturom umjetno podignutih sastojina povećavati pritisak na zaštitu i obnovu prirodnih šuma kao i korištenje onih unesenih vrsta čiji utjecaj na ekosustav, genetički varijetet zavičajnih vrsta i lokalnu provenijenciju nije stručno procijenjen. Članak 8. *Zakona o šumama*.

24 Preventivno-uzgojni radovi su, primjerice izrada i održavanje protupožarnih prosjeka i puteva, čišćenje i održavanje rubnih pojaseva uz javne prometnice i željezničke pruge, čišćenje i uspostava sigurnosnih visina i udaljenosti na trasama elektroenergetskih vodova, uređivanje postojećih izvora vode u šumama te kresanje i uklanjanje suhoga granja. Članci 20. i 21. *Pravilnika o zaštiti šuma od požara*.

25 Članak 9. *Zakona o šumama*.

26 Pod održavanjem poljoprivrednog zemljišta pogodnim za poljoprivrednu proizvodnju smatra se sprječavanje njegove zakorovljenosti i obrastanja višegodišnjim raslinjem, kao i smanjenje njegove plodnosti. Vlasnici i posjednici poljoprivrednog zemljišta dužni su poljoprivredno zemljište obrađivati primjenjujući potrebne agrotehničke mjere i ne umanjujući njegovu vrijednost. Članak 4. stavci 1., 2. i 4. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*, NN br. 39/2013.

27 Do oštećenja zemljišta može doći zbog intenzivne proizvodnje koja bi rezultirala degradacijom zemljišta, zbog onečišćenja štetnim tvarima i organizmima kao što su teški metali, potencijalno toksični elementi, organske onečišćujuće tvari i patogeni organizmi, ali i prenamjene u svrhu izgradnje urbanih područja, industrijskih, energetske objekata, prometnica, hidroakumulacija te eksploatacije kamena, šljunka i drugih građevinskih materijala. Osim navedenoga, vlasnici poljoprivrednog zemljišta moraju se suzdržati i od toga da na poljoprivrednoj površini ostavljaju otpad, pa čak i vegetacijsko-gospodarski otpad poljoprivrednog podrijetla. Onečišćenjem poljoprivrednog zemljišta smatra se vegetacijsko-gospodarski otpad poljoprivrednog podrijetla koji je ostavljen na poljoprivrednoj površini duže od jedne godine. Članak 5. stavci 1., 2. i 3. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*.

onečišćenja.<sup>28</sup> Tako su ovim Pravilnikom propisane konkretne mjere za zaštitu zemljišta od onečišćenja koje se sastoje u zabrani, sprječavanju i ograničavanju unošenja onečišćujućih tvari u zemljište te su taksativno navedene tvari koje se smatraju onečišćivačima.<sup>29</sup>

#### 4.1.2. *Zakonske služnosti u službi zaštite prirode i ljudskog okoliša*

Veći broj zakonskih služnosti osnovan je radi očuvanja zaštićenih dijelova prirode i bioraznolikosti. Tako je Zakonom o zaštiti prirode osnovano pravo prvokupa u korist Republike Hrvatske pa je stoga vlasnik nekretnine unutar nacionalnog parka, strogog ili posebnog rezervata koji namjerava takvu nekretninu prodati, dužan pisanim podneskom nekretninu najprije ponuditi Republici Hrvatskoj.<sup>30</sup> Zanimljivo je i to kako je Zakonom o zaštiti prirode u čak dva navrata propisano davanje naknade za ograničenja koja proizlaze iz zakonskih služnosti. Tako je vlasnik, odnosno nositelj prava na zemljištu na kojemu se nalazi speleološki objekt dužan omogućiti pristup i provođenje zahvata, obavljanje radnje, odnosno istraživanje u speleološkom objektu ili njegovu nadzemlju osobi koja ima odgovarajuće dopuštenje ministarstva nadležnog za poslove zaštite prirode.<sup>31</sup> Vlasnik ili nositelj prava na zemljištu na kojemu se nalazi speleološki objekt pritom ima pravo na naknadu za ograničenja kojima je podvrgnut zbog korištenja speleološkog objekta i to razmjerno umanjenom prihodu.<sup>32</sup> Štoviše, svaka osoba koja je vlasnik ili nositelj prava u zaštićenom području dužna je dopustiti posjećivanje, ako posebnim propisom nije propisano drukčije, te se i u tom slučaju može utvrditi naknada za ograničenje prava vlasništva.<sup>33</sup> Zakon o zaštiti prirode sadrži i pravnu osnovu za osnivanje jedne zakonske služnosti rješenjem. Naime, pronalazak minerala ili fosila iznimnog zbog svoje rijetkosti, veličine, izgleda ili obrazovnog i znanstvenog značaja nalaznik je dužan prijaviti ministarstvu nadležnom za poslove zaštite prirode i to u roku od osam dana od dana pronalaska. Ako navedeno ministarstvo utvrdi da takav mineral ili fosil predstavlja prirodnu vrijednost koju je potrebno zaštititi, po službenoj dužnosti donosi rješenje o nužnim mjerama zaštite nalazišta radi sprječavanja uništenja, oštećenja ili krađe nalaza, ali i o istraživanju nalazišta.<sup>34</sup>

28 *Pravilnik o zaštiti poljoprivrednog zemljišta od onečišćenja*, NN br. 9/2014.

29 Tako vlasnik poljoprivrednog zemljišta ne smije onečišćujuće tvari dovoditi u kontakt ili unositi u zemljište, uopće ili iznad propisanih količina. Onečišćujućim tvarima smatraju se teški metali, potencijalno toksični esencijalni elementi kao što su cink i bakar, organske onečišćujuće tvari poput pesticida, industrijskih kemikalija, nusproizvoda izgaranja i industrijskih procesa, radionuklidi i patogeni organizmi, ali i sve one i tvari koje se uobičajeno unose u zemljište, ali neadekvatnom primjenom po pitanju količine, vremenskog trajanja primjene, uvjeta u zemljištu ili nečeg drugog, mogu prouzročiti štetu za okoliš, odnosno zdravlje ljudi. Članak 2. stavak 1. i 2. *Pravilnika o zaštiti poljoprivrednog zemljišta od onečišćenja*.

30 Članak 165. stavak 1. *Zakona o zaštiti prirode*, NN br. 80/2013.

31 Članak 105. stavak 1. i članak 108. stavak 1. *Zakona o zaštiti prirode*.

32 Članak 108. stavak 2. *Zakona o zaštiti prirode*.

33 Članak 147. stavci 1. i 2. *Zakona o zaštiti prirode*.

34 Takvim rješenjem osniva se zakonska služnost koja se sastoji u zabrani obavljanja bilo kakvih zahvata ili djelatnosti koje bi mogle dovesti do uništenja ili oštećenja nalaza na području

Zakonske služnosti uspostavljaju se i u svrhu zaštite određenih životinjskih vrsta te radi gospodarenja divljim životinjama. Tako je primjerice Zakonom o zaštiti od svjetlosnog onečišćenja propisano kako se površine zgrada i objekata koji se nalaze u staništu strogo zaštićenih životinjskih vrsta, a na kojima su otvori za prelet tih životinjskih vrsta, ne smiju rasvjetljivati.<sup>35</sup> Kada govorimo o divljim životinjama općenito, valja istaknuti kako i one uživaju status dobara od interesa za Republiku Hrvatsku.<sup>36</sup> Pitanja gospodarenja lovištem i divljači uređena su Zakonom o lovstvu. Treba napomenuti kako pravo lova stječe vlasnik, ako ustanovi lovište na vlastitom zemljištu, ali ga može steći i druga pravna ili fizička osoba na osnovi koncesije ili zakupa.<sup>37</sup> Odredbama Zakona o lovstvu osnovano je nekoliko zakonskih služnosti. Tako primjerice, ako vlasnik zemljišta nema ujedno i pravo lova, on će biti dužan trpjeti ostvarivanje prava lova drugih osoba na svojem zemljištu.<sup>38</sup> Ono što treba istaknuti kod navedene zakonske služnosti je propisivanje naknade za ovaj oblik ograničenja prava vlasništva. Tako je Zakonom propisano kako se vlasniku zemljišta bez prava lova određuje naknada za ograničenja kojima je podvrgnut u ostvarivanju prava lova drugih osoba.<sup>39</sup> S druge strane, kada je vlasnik zemljišta ujedno i lovoovlaštenik<sup>40</sup> te je ustanovio lovište na vlastitom zemljištu, dužan je (kao i svi ostali lovoovlaštenici) u lovištu omogućiti rad znanstvenoistraživačkih i znanstvenonastavnih ustanova, predviđen posebnim programom tih ustanova koji se izvodi o njihovom trošku, na temelju dopuštenja ministarstva nadležnog za poslove lovstva, uz obvezu vidljivog obilježavanja površina na kojima se taj rad obavlja.<sup>41</sup>

#### 4.1.3. *Zakonske služnosti u službi gospodarenja vodnim dobrom*

Najveći broj zakonskih služnosti propisanih istim zakonom osnovan je radi gospodarenja vodnim i javnim vodnim dobrom. Na samom početku valjalo bi razgraničiti pravni status koji uživa voda od pravnog statusa vodnog i javnog vodnog dobra. Naime, voda ima status općeg dobra te kao takva uživa osobitu

---

nalazišta, kao i obveza vlasnika ili nositelja prava na zemljištu na kojem je pronađen mineral odnosno fosil, da omogući istraživanje nalazišta ovlaštenim osobama nadležne javne ustanove za upravljanje zaštićenim dijelovima prirode. Članak 109. *Zakona o zaštiti prirode*.

35 Članak 20. *Zakona o zaštiti od svjetlosnog onečišćenja*, NN br. 114/2011.

36 Članak 4. *Zakona o lovstvu*, NN br. 140/2005., 75/2009., 153/2009. i 14/2014.

37 Članak 5. stavci 1. i 2. *Zakona o lovstvu*.

38 Naime, ako vlasnik zemljišta ne podnese zahtjev za ustanovljenje privatnog lovišta ili zagajališta divljači u propisanom roku ili odbije primiti enklave ili poluenklave pod uvjetima određenim Zakonom o lovstvu, njegovo će se zemljište obuhvatiti državnim ili zajedničkim lovištem. Članak 17. stavak 1. *Zakona o lovstvu*. Korisnici zemljišta također su dužni omogućiti lovoovlašteniku da na njihovu zemljištu poduzima mjere za sprječavanje štete od divljači. Članak 79. stavak 1. točka 3. *Zakona o lovstvu*.

39 Članak 5. stavak 3. *Zakona o lovstvu*. Valja napomenuti kako je na površinama zemljišta na kojima se ne ustanovljavaju lovišta divljač dužan zaštićivati vlasnik zemljišta, odnosno pravna ili fizička osoba koja koristi to zemljište. Članak 19. *Zakona o lovstvu*.

40 Lovoovlaštenik ili ovlaštenik prava lova je pravna ili fizička osoba (obrtnik) koja je stekla pravo lova na temelju *Zakona o lovstvu*. Članak 2. stavak 1. točka 8. *Zakona o lovstvu*.

41 Članak 12. stavak 1. *Zakona o lovstvu*.

zaštitu Republike Hrvatske.<sup>42</sup> S druge strane, vodno dobro je dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, a javno vodno dobro je javno dobro u općoj uporabi odnosno u javnoj uporabi i u vlasništvu je Republike Hrvatske.<sup>43</sup> Opće dobro nalazi se izvan vlasničkog režima pa se na njemu po prirodi stvari ne mogu zasnivati zakonske služnosti kao ograničenja prava vlasništva. Međutim, u svrhu gospodarenja vodnim dobrom uspostavljen je veći broj zakonskih služnosti. Njihova je temeljna uloga održavanje vodnog režima te zaštita od erozije, bujica i poplava.

Tako su primjerice fizičke i pravne osobe, vlasnici zemljišnih čestica koje pripadaju vodnom dobru, dužni trpjeti njihovo privremeno korištenje radi održavanja i poboljšanja vodnog režima.<sup>44</sup> Navedena obveza odnosi se i na dijelove vodnog dobra na kojima se nalaze ceste i željeznička infrastruktura, luke i lučka područja, zrakoplovna infrastruktura i drugo, neovisno o pravu vlasništva na zemljišnim česticama koje čine dijelove tog vodnog dobra. Zakon o vodama sadrži i odredbe kojima se ograničava pravo vlasništva u pojasu za održavanje građevina detaljne melioracijske odvodnje i građevina za navodnjavanje. Naime uz navedene građevine uspostavlja se pojas u širini od tri metra od vanjskoga ruba takve građevine koji služi održavanju građevine. Vlasnik zemljišta dužan je omogućiti izvođaču radova pristup ovim građevinama u dobroj vjeri i u razumnom roku. U suprotnome, izvođač je ovlašten pristupiti navedenim građevinama i izvesti radove održavanja na način kojim se čini najmanja šteta vlasniku, a vlasnik je opet obavezan na trpljenje.<sup>45</sup>

42 Članak 7. *Zakona o vodama*, NN br. 153/2009., 63/2011., 130/2011., 56/2013. i 14/2014.

43 Članak 11. stavak 4. *Zakona o vodama*. Valja napomenuti kako vodno dobro čine zemljišne čestice koje obuhvaćaju: vodonosna i napuštena korita površinskih voda, uređeno inundacijsko područje, neuređeno inundacijsko područje, prostor na kojem je izvorište voda iz članka 88. stavka 1. *Zakona o vodama* potreban za njegovu fizičku zaštitu i prostor na kojem je izvorište, izdašnosti najmanje 10 metara kubičnih dnevno, prirodne mineralne, termalne i prirodne izvorske vode potreban za njegovu fizičku zaštitu i otoke koji su nastali ili nastanu u vodonosnom koritu presušivanjem vode, njezinom diobom na više rukavaca, naplavlivanjem zemljišta ili ljudskim djelovanjem. Navedene zemljišne čestice koje su do dana stupanja na snagu *Zakona o vodama* bile temeljem zakona ili bilo kojom drugom pravnom osnovom utvrđene kao opće dobro, javno dobro, javno vodno dobro, vodno dobro, javno dobro–vode, državno vlasništvo, vlasništvo jedinice lokalne samouprave, društveno vlasništvo bez obzira na to tko je bio nositelj prava korištenja, upravljanja ili raspolaganja, odnosno koje su u zemljišnoj knjizi bile upisane kao javno dobro, javno vodno dobro, vodno dobro, državno vlasništvo, vlasništvo jedinice lokalne samouprave, društveno vlasništvo s naznakom ili bez naznake nositelja prava korištenja, upravljanja ili raspolaganja, općenarodna imovina, opće dobro i tome slično čine javno vodno dobro. Javnim vodnim dobrom smatraju se sve do dokaza suprotnog i one zemljišne čestice koje do dana stupanja na snagu *Zakona o vodama* nisu bile upisane u zemljišnoj knjizi, odnosno koje su bile upisane u zemljišnu knjigu, ali nitko nije naznačen kao njihov vlasnik kao i one zemljišne čestice iz članka koje se izvlaste ili otkupe u korist Republike Hrvatske. Članak 7. stavak 1. i članak 11. stavci 1 – 3. *Zakona o vodama*.

44 Vlasnici nekretnina koje čine vodno dobro dužni su dopustiti da se na njihovom zemljištu provode radnje za građenje i održavanje regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina i građevina za osnovnu melioracijsku odvodnju, održavanje korita i obala vodotoka, održavanje i uređenje inundacijskog područja, građenje i održavanje građevina za unutarnju plovidbu, provedbu obrane od poplava te korištenje i zaštitu izvorišta voda.

45 Članak 124. *Zakona o vodama*.

Radi zaštite od erozija i bujica ustanovljene su zakonske služnosti koje vlasnike nekretnina obvezuju na propuštanje svih onih radnji koje bi mogle dovesti do ugrožavanja sigurnosnog režima.<sup>46</sup> Još veći broj zakonskih služnosti propisan je u svrhu obrane od poplava. Tako su primjerice za neposrednu provedbu obrane od poplava vlasnici zemljišta na ugroženom području obvezni na zahtjev Hrvatskih voda trpjeti korištenje svojeg zemljišta za prijelaz ovlaštenih osoba, ali i vađenje materijala potrebnih za obranu od poplave.<sup>47</sup> Konačno, brojna ograničenja prava vlasništva propisana su za reguliranje utjecaja na tok i korištenje vode.<sup>48</sup>

U odnosu na zemljišne čestice koje pripadaju vodnom dobru osnovano je pravo prvokupa u korist Republike Hrvatske.<sup>49</sup> Ističemo kako je pravo prvokupa propisano

---

46 Tako je primjerice vlasnicima, ali i svim drugim korisnicima nekretnina koje spadaju u vodno dobro u određenom opsegu zabranjeno sjeći drveće i grmlje, vaditi pijesak, šljunak i kamenje kao i odlagati otpadne tvari. Članak 123. stavak 3. *Zakona o vodama*.

47 Zakonske služnosti osnovane za obranu od poplava obvezuju vlasnike zemljišta na trpljenje određenih radnji kao što je vađenje i korištenje pijeska, šljunka, gline ili kamena s njihovog zemljišta, odlaganje na njihovom zemljištu, ali i prijelaz osoba, prijevoznih sredstava i mehanizacije. Za ovaj tip zakonske služnosti specifično je to što je Zakonom izričito propisano pravo na naknadu za iskorištenu tvar, odnosno nastalu stvarnu štetu i to na teret sredstava osobe koja upravlja javnim vodnim dobrom. Pravo na naknadu štete propisano je u još jednom slučaju kojim se regulira postupanje nadležnih tijela u za obranu od poplava. Naime radi premjeravanja, snimanja i obilježavanja u vezi s građenjem vodnih građevina i održavanjem vodotoka i vodnih građevina, vlasnici i drugi posjednici zemljišta na ugroženom području dužni su dopustiti prijelaz ovlaštenim osobama Hrvatskih voda preko svog zemljišta. Ako pri navedenom prijelazu nastupi šteta, vlasnik ili zakoniti posjednik zemljišta ima pravo na naknadu nastale štete, koja se utvrđuje prema općim pravilima obveznog prava. Članci 129. i 130. *Zakona o vodama*.

48 Tako je vlasnicima i drugim posjednicima zemljišta zabranjeno mijenjati ili presijecati tok podzemnih voda, odnosno koristiti te vode u opsegu kojim se ugrožavaju opskrba drugih osoba vodom za piće, korištenje voda za druge namjene, mineralna i termalna izvorišta te stabilnost tla i građevina, mijenjati pravac ili jačinu toka površinske vode koja prirodno protječe ili otječe s njihovog zemljišta na štetu susjednog zemljišta te bušiti zdence bez pravovaljanog vodopravnog akta ili suprotno njemu. Vidi članak 131. *Zakona o vodama*. Još detaljnije odredbe kojima se vlasnicima zemljišta u zoni izvorišta vode nameću obveze trpljenja ili propuštanja sadržane su u *Pravilniku o uvjetima za utvrđivanje zona sanitarne zaštite izvorišta*, NN br. 66/2011. i 47/2013. Tako je ovisno o klasifikaciji zone sanitarne zaštite zabranjeno, primjerice: ispuštanje nepročišćenih otpadnih voda, skladištenje i odlaganje otpada, gradnja odlagališta otpada osim sanacija postojećeg radi njegovog zatvaranja, gradnja građevina za zbrinjavanje otpada uključujući spalionice otpada te postrojenja za obradu, uporabu i zbrinjavanje opasnog otpada, građenje kemijskih industrijskih postrojenja opasnih i onečišćujućih tvari za vode i vodni okoliš, gradnja benzinskih postaja bez spremnika s dvostrukom stjenkom, uređajem za automatsko detektiranje i dojavu propuštanja te zaštitnom građevinom (tankvanom), obavljanje djelatnosti podzemne i površinske eksploatacija mineralnih sirovina osim geotermalnih i mineralnih voda, građenja prometnica, aerodroma, parkirališta i drugih prometnih i manipulativnih površina bez kontrolirane odvodnje i odgovarajućeg pročišćavanja oborinskih onečišćenih voda prije ispuštanja u prirodni prijamnik i tako dalje.

49 Članak 19. *Zakona o vodama*. Iznimno, ako su navedene zemljišne čestice osobito značajne za održavanje vodnog režima, moguće ih je izvlastiti u korist Republike Hrvatske. Članak 20. stavak 1. *Zakona o vodama*.

i Zakonom o plovidbi i lukama unutarnjih voda.<sup>50</sup> Tako Republika Hrvatska ima pravo prvokupa i na nekretninama u sastavu lučkog područja.<sup>51</sup> Zakonom o vodama posebno je uređena i situacija pronalaska vode pri iskopu koje se vrši na zemljištu. Naime, ako pravna ili fizička osoba koja prilikom rudarskih radova, iskopa tunela i drugih iskopa i bušenja tla naiđe na podzemne vode (izvorišta, tekuće i stajaće vode) dužna je, među ostalim, državnom vodopravnom inspektoratu i ovlaštenicima Hrvatskih voda dopustiti uzimanje podataka i obavljanje potrebnih ispitivanja za utvrđivanje ležišta, količina i kakvoće voda.<sup>52</sup>

#### 4.1.4. *Zakonske služnosti u službi gospodarenja kulturnim dobrima*

Dobra od interesa za Republiku Hrvatsku nisu samo dijelovi prirode već su to i razna svjedočanstva ljudskog stvaralaštva koja imaju status kulturnih dobara.<sup>53</sup> Zakonom o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara uređena je zaštita kulturnih dobara neovisno o vlasništvu takvih dobara te je propisano kako su vlasnici i nositelji prava na kulturnom dobru te drugi imatelji kulturnoga dobra odgovorni za njegovu zaštitu i očuvanje.<sup>54</sup>

Vlasništvo na nekretnini koja uživa status kulturnog dobra podložno je mnogim ograničenjima. Navedena ograničenja služe zaštiti i očuvanju kulturnoga dobra, a tiču se posjeda, uporabe i pravnog prometa. Tako se posjed kulturnoga dobra može ograničiti radi dokumentiranja i istraživanja kulturnoga dobra, provedbe mjera zaštite i očuvanja kulturnoga dobra te dostupnosti kulturnoga dobra javnosti. Uporaba kulturnoga dobra može se ograničiti ne bi li se spriječilo promjenu namjene kojom se kulturno dobro dovodi u izravnu opasnost.

Među zakonskim služnostima koje služe gospodarenju kulturnim dobrima posebno valja naglasiti dužnost vlasnika takvih dobara da dopuste stručna i znanstvena istraživanja, tehnička i druga snimanja, kao i provedbu mjera tehničke zaštite te omoguće dostupnost kulturnoga dobra javnosti. Osim toga, vlasnik kulturnoga dobra mora omogućiti istraživanje i dokumentiranje kulturnoga dobra, kao i provođenje mjera njegove zaštite i očuvanja onoj osobi koja za to ima odobrenje nadležnog tijela<sup>55</sup>

50 *Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda*, NN br. 109/2007., 132/2007. i 51A/2013.

51 Lučko područje može obuhvaćati više lučkih bazena, odnosno više izdvojenih prometno-tehnoloških cjelina (terminala) specijaliziranih za prekrcaj određene vrste tereta. Članak 123. stavci 1. i 5. *Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda*.

52 Članak 82. stavak 2. točka 1. *Zakona o vodama*.

53 Kulturnim dobrima smatraju se pokretne i nepokretne stvari od umjetničkoga, povijesnoga, paleontološkoga, arheološkoga, antropološkoga i znanstvenog značenja, arheološka nalazišta i arheološke zone, krajolici i njihovi dijelovi koji svjedoče o čovjekovoj prisutnosti u prostoru, a imaju umjetničku, povijesnu i antropološku vrijednost, nematerijalni oblici i pojave čovjekova duhovnog stvaralaštva u prošlosti kao i dokumentacija i bibliografska baština kao i zgrade, odnosno prostori u kojima se trajno čuvaju ili izlažu kulturna dobra i dokumentacija o njima. Članak 2. *Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara*, NN br. 69/1999., 151/2003., 157/2003., 100/2004., 87/2009., 88/2010., 61/2011., 25/2012., 136/2012. i 157/2013.

54 Članak 3. i članak 4. stavak 1. *Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara*.

55 Članak 30. *Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara*.

Vežano uz ograničenja u pravnome prometu, ističemo kako je vlasnik koji namjerava prodati kulturno dobro dužan najprije istodobno ga ponuditi Republici Hrvatskoj, županiji, Gradu Zagrebu, gradu ili općini na čijem se području to kulturno dobro nalazi navodeći pritom cijenu i druge uvjete prodaje.<sup>56</sup> U Zakonu o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara susrećemo još jednu vrlo zanimljivu odredbu, naime ako vlasnik trajno napusti kulturno dobro ono postaje vlasništvo Republike Hrvatske. U tom smislu smatra se da je vlasnik trajno napustio kulturno dobro ako je njegovo boravište nepoznato, a nema ovlaštenog zastupnika, te svoje obveze ne izvršava deset godina od dana donošenja rješenja o skrbništvu.<sup>57</sup>

Posebnu zaštitu kao kulturno dobro uživa stara gradska jezgra grada Dubrovnika. Navedeno kulturno dobro uvršteno je na UNESCO-ov popis mjesta svjetske baštine u Europi, a radi osiguranja posebnih uvjeta za njegovo trajno očuvanje i obnovu te otklanjanje štetnih uzroka koji ugrožavaju njegove vrijednosti, kao i radi otklanjanja posljedica potresa i zaštite od potresa, stari dubrovački grad sa svim povijesnim dijelovima je Zakonom o obnovi spomeničke cjeline Dubrovnika i drugih nepokretnih kulturnih dobara u okolici Dubrovnika proglašen spomeničkom cjelinom.<sup>58</sup> Na obveze vlasnika građevina unutar spomeničke cjeline primjenjuju se odredbe Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara. Međutim Zakonom o obnovi spomeničke cjeline Dubrovnika i drugih nepokretnih kulturnih dobara u okolici Dubrovnika specificirana je jedna zakonska služnost. Naime, potonjim zakonskim tekstom detaljno je uređena obnova spomeničke cjeline koja se provodi prema posebnim programima koji moraju biti u skladu s postojećim dokumentima prostornog uređenja i propisima kojima je uređena gradnja građevina.<sup>59</sup> U tom smislu, vlasnik nekretnine unutar spomeničke cjeline dužan je suzdržavati se od obnove građevine, sve dok takva obnova nije utvrđena godišnjim programom obnove.<sup>60</sup>

#### **4.2. Zakonske služnosti osnovane radi upravljanja javnim dobrom u općoj upotrebi**

Određeni broj zakonskih služnosti osnovan je radi upravljanja dobrima koja se nalaze u vlasništvu države, a koje može upotrebljavati svatko sukladno njihovoj namjeni. Takva dobra u Republici Hrvatskoj su javno vodno dobro, javne ceste te željeznička infrastruktura. Zakonima kojima je uređeno upravljanje potonjim dobrima propisane su zakonske služnosti koje prvenstveno obvezuju

56 Članak 37. *Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara.*

57 Članak 32. stavci 3. i 4. *Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara.*

58 Članak 1. stavak 1. *Zakona o obnovi spomeničke cjeline Dubrovnika i drugih nepokretnih kulturnih dobara u okolici Dubrovnika*, NN br. 21/1986., 33/1989., 26/1993., 29/1994., 128/1999., 19/2014. i 32/2014.

59 Članak 6. stavak 1. *Zakona o obnovi spomeničke cjeline Dubrovnika i drugih nepokretnih kulturnih dobara u okolici Dubrovnika.*

60 Članak 16. stavci 1. i 5. *Zakona o obnovi spomeničke cjeline Dubrovnika i drugih nepokretnih kulturnih dobara u okolici Dubrovnika.*



vlasnike nekretnina koje graniče s javnim dobrom u općoj uporabi ili su u njegovoj neposrednoj blizini.

Tako je Zakonom o vodama propisan veći broj zakonskih služnosti čija je svrha održavanje vodnog režima te očuvanje regulacijskih i zaštitnih te drugih vodnih građevina. Vlasnici nekretnina koje graniče s javnim vodnim dobrom ili su u njegovoj blizini, nemaju potpunu slobodu kada je u pitanju korištenje njihovoga zemljišta. Oni su obvezni propuštati mnogobrojne radnje koje bi kao vlasnici neke druge nekretnine, koja ne graniči s javnim dobrom u općoj upotrebi, bili ovlašteni poduzeti. Ograničenja su raznovrsna i odnose se na sadnju određenih biljnih vrsta, uređivanje obradivih površina, nemogućnost pribavljanja dozvola za podizanje određenih vrsta građevina ili pak odlaganje otpada.<sup>61</sup>

Zakonske služnosti osnovane radi upravljanja javnim cestama nalazimo u odredbama Zakona o cestama.<sup>62</sup> Navedena ograničenja prava vlasništva možemo podijeliti u dvije kategorije: zakonske služnosti koje obvezuju vlasnike nekretnina u zaštitnom pojasu<sup>63</sup> i ostale zakonske služnosti. Tako je, radi zaštite javne ceste i sigurnosti prometa na njoj, vlasnicima nekretnina u zaštitnom pojasu javne ceste zabranjeno vršenje određenih radnji, primjerice postavljanje i korištenje određenih svjetlosnih objekata, obrađivanje zemljišta, sadnja određenih biljnih vrsta, odlaganje

61 Tako je zabranjeno saditi drveće na udaljenosti manjoj od 10 metara od ruba korita vodotoka ili kanala, podizati zgrade i druge objekte na udaljenosti manjoj od 10 metara od ruba vodotoka ili kanala orati zemlju, saditi i sjeći drveće i grmlje u uređenom inundacijskom području, podizati zgrade, ograde i druge građevine, osim regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina do šest metara od vanjske nožice nasipa, odnosno od vanjskog ruba regulacijsko-zaštitne vodne građevine koja nije nasip, vaditi pijesak, šljunak, kamen, glinu i ostale tvari do 20 metara od vanjske nožice nasipa, odnosno od vanjskog ruba regulacijsko-zaštitne vodne građevine koja nije nasip, kopati i bušiti zdence do 20 metara od vanjske nožice nasipa, odnosno vanjskog ruba regulacijsko-zaštitne vodne građevine koja nije nasip, bušiti tlo do 20 metara od vanjske nožice nasipa, odnosno od vanjskog ruba regulacijsko-zaštitne vodne građevine koja nije nasip u uređenom inundacijskom području. Također je zabranjeno podizati zgrade, ograde i druge građevine, osim regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina, vaditi pijesak, šljunak, kamen, glinu i ostale tvari, kopati i bušiti zdence te bušiti tlo protivno vodopravnim uvjetima u neuređenom inundacijskom području te obrađivati zemlju i obavljati druge radnje kojima se mogu oštetiti građevine za osnovnu melioracijsku odvodnju ili poremetiti njihovo namjensko funkcioniranje do udaljenosti od pet metara od ruba tih građevina, obrađivati zemlju te obavljati druge radnje kojima se mogu oštetiti građevine za detaljnu odvodnju ili poremetiti njihovo namjensko funkcioniranje do udaljenosti od tri metra od ruba tih građevina. Konačno, zabranjeno je odlagati zemlju, kamen, otpadne i druge tvari te obavljati druge radnje kojima se može utjecati na promjenu toka, vodostaja, količine ili kakvoće vode ili otežati održavanje vodnog sustava u vodotoke i druge vode, akumulacije, retencije, melioracijske i druge kanale i u inundacijskom području te graditi odnosno dopuštati gradnju na zemljištu iznad natkrivenih vodotoka, osim gradnje javnih površina (prometnice, parkovi, trgovi). Članak 126. stavak 1. *Zakona o vodama*.

62 *Zakon o cestama*, NN br. 84/2011., 18/2013., 22/2013., 54/2013. i 148/2013.

63 Zaštitni pojas je zemljište uz javnu cestu na kojem se primjenjuju ograničenja propisana *Zakonom o cestama*. Zaštitni pojas mjeri se od vanjskog ruba zemljišnog pojasa tako da je širok sa svake strane autoceste i brze ceste 40 metara, državne ceste 25 metara, županijske ceste 15 metara i lokalne ceste 10 metara. Članak 2. stavak 1. točka 10. i članak 55. stavak 2. *Zakona o cestama*.

otpada i slično.<sup>64</sup> U zaštitnom pojasu javne ceste također je zabranjeno poduzimati bilo kakve radove bez suglasnosti pravne osobe koja upravlja javnom cestom ako bi ti radovi ili radnje mogli nanijeti štetu javnoj cesti, kao i ugrožavati ili ometati promet na njoj te povećati troškove održavanja javne ceste.<sup>65</sup> U ostale zakonske služnosti ubrajamo one kojima se osigurava preglednost javnih cesta te kao takve ne obvezuju samo vlasnike nekretnina koje se nalaze u zaštitnom pojasu, nego sve vlasnike čije se nekretnine nalaze u blizini određenih dijelova prometnica. Tako je blizini raskrižja javnih cesta u razini, križanja javne ceste sa željezničkom prugom u razini te na unutarnjim stranama cestovnog zavoja zabranjeno saditi drveće ili grmlje, postavljati naprave, ograde ili druge predmete koji onemogućavaju preglednost na javnoj cesti.<sup>66</sup>

Slično kao i u slučaju javnih cesta, određena površina zemljišta koje se nalazi u okolici željezničke infrastrukture spada u zaštićeni pojas na koji se primjenjuju posebna pravila propisana Zakonom o sigurnosti i interoperabilnosti željezničkog sustava.<sup>67</sup> Tako je ovim Zakonom uspostavljen zaštitni pružni pojas kojega čini zemljište s obje strane željezničke pruge, odnosno kolosijeka, na udaljenosti od 100 metara mjereno vodoravno od osi krajnjega kolosijeka sa svake strane, kao i pripadajući zračni prostor.<sup>68</sup> U zaštitnom pružnom pojasu nije dopušteno graditi građevine, graditi i postavljati vodove, postrojenja i opremu te saditi drveće i nasade koji bi mogli ugroziti sigurnost željezničkog sustava.<sup>69</sup> Konačno valja istaknuti kako se, kao i u slučaju cestovnog prometa, radi zaštite preglednosti i vidljivosti nužne za sigurnost željezničkog prometa uspostavljaju i druge zakonske služnosti. Tako se primjerice uz željezničku prugu, a posebno u blizini željezničkih signala, ne smije saditi visoko drveće i nasade, postavljati znakove, oznake, izvore obojene ili zasljepljujuće svjetlosti, ili druge predmete i naprave koji bojom, oblikom ili svjetlošću smanjuju vidljivost željezničkih signala, ili koji mogu dovesti u zabunu izvršne radnike u vezi sa značenjem signalnih znakova.

64 Vlasnici zemljišta u zaštitnom pojasu javne ceste ne smiju koristiti svjetla ili svjetlosne uređaje koji mogu ugroziti sigurnost prometa na javnoj cesti, namjerno paliti vatru i korov uz javnu cestu, orati u razdaljini četiri metra od granice cestovnog zemljišta u smjeru suprotno od javne ceste ili u širini jednog metra od granice cestovnog zemljišta usporedno s javnom cestom, postavljati ograde, saditi živice, drveće i druge nasade koji onemogućavaju preglednost, ostavljati drveće i druge predmete i stvari koje mogu pasti na javnu cestu kao i vršiti druge radnje koje mogu oštetiti javnu cestu ili ugroziti sigurno odvijanje prometa na njoj. Članak 45. stavak 3. *Zakona o cestama*.

65 Članak 55. stavak 3. *Zakona o cestama*.

66 Članak 56. stavak 1. *Zakona o cestama*.

67 *Zakon o sigurnosti i interoperabilnosti željezničkog sustava*, NN br. 82/2013.

68 Članak 7. stavak 1. točka 35. *Zakona o sigurnosti i interoperabilnosti željezničkog sustava*.

69 Detaljnije odredbe nalaze se u *Pravilniku o posebnim uvjetima za izgradnju objekata i uređaja u zaštitnom pojasu željezničke pruge*, NN br. 19/1976., 3/1977., 49/1980., 53/1983. i 42/1990. te *Pravilniku o protupožarnim mjerama radi osiguranja od požara uz željezničke pruge*, NN br. 25/1976. i 42/1990.

## 5. ZAKLJUČAK

Zakonske služnosti su oblik javnopravnog ograničenja prava vlasništva čija je primjena u Republici Hrvatskoj vrlo raširena. Bez ovog instituta teško je zamisliti gospodarenje dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku te upravljanje općim dobrom u javnoj upotrebi kakvo nam je danas poznato. Sve zakonske služnosti navedene u prethodnom dijelu rada sadrže ista osnovna obilježja. Karakterizira ih obveza trpljenja, odnosno propuštanja koja tereti svagdašnjeg vlasnika određene nekretnine. Od dva potencijalna modaliteta osnivanja zakonskih služnosti, u praksi prevladava nastanak istih po sili zakona. Manji broj služnosti osniva se konstitutivnim upravnim aktom, kao primjerice u slučaju utvrđivanja svojstva iznimno rijetkog minerala odnosno fosila, kada zakonske služnosti uz ispunjenje zakonom propisanih pretpostavki rješenjem osniva nadležno središnje tijelo državne uprave. Primjenom ovog instituta ograničava se kako pozitivna strana prava vlasništva, dakle izvršavanje prava na posjed, upotrebu, korištenje i raspolaganje, tako i negativna strana prava vlasništva, dakle vlasnikovo pravo da isključi svakog trećeg od zadiranja u njegovo vlasništvo. Konačno, možda najizraženija posebnost ovog instituta sastoji se u tome da osoba čija su vlasnička prava ograničena u pravilu nema pravo na naknadu.

Izostanak prava na naknadu specifično je obilježje koje zakonske služnosti izdvaja od svih ostalih javnopravnih ograničenja prava vlasništva. Ovo je ujedno i najproblematičnije obilježje navedenog instituta. Mogućnost davanja naknade radi postojanja zakonske služnosti propisana je samo u slučaju trpljenja prava lova koje ostvaruju treće osobe te uslijed korištenja speleološkog objekta od strane ovlaštenih osoba i općenito posjećivanja zaštićenog dijela prirode koji je u tuđem vlasništvu. Kada govorimo o zakonskim služnostima kojima je svrha zaštita i očuvanje kulturnih dobara, relevantnim zakonom propisano je pravo na naknadu nastale štete, ali ne i pravo na naknadu za ograničenje prava vlasništva. Slično je i u slučaju provedbe mjera u cilju neposredne obrane od poplava, kada je propisano davanje naknade za iskorištenu stvar i nastalu štetu, ali ne i za ograničenje prava vlasništva kao takvo. Pritom se postavlja pitanje zbog čega se zakonodavac odlučio Zakonom o zaštiti prirode i Zakonom o lovstvu ipak propisati pravo na naknadu u tri slučaja zakonskih služnosti. Ne bi li odgovorili na ovo pitanje, ističemo kako u sva tri navedena slučaja treće osobe ostvaruju određenu korist uslijed ograničenja kojima je podvrgnut vlasnik nekretnine. Tako lovac koji lovi na tuđem zemljištu, osim što ograničava vlasnikovo pravo posjeda, stječe za sebe i lovinu. Ovlaštene osobe ministarstva nadležnog za poslove zaštite prirode koje istražuju, odnosno provode zahvate ili kakve druge radnje u speleološkom objektu ili njegovu nadzemlju također ograničavaju vlasnikovo pravo posjeda, a za sebe stječu određene stručna odnosno znanstvena saznanja, uzorke i drugo. Slično je s osobama koje iz znanstvenih razloga ili pak rasonode posjećuju druge zaštićene dijelove prirode, pri čemu ističemo kako je Zakonom o zaštiti prirode propisana samo mogućnost, ali ne i obveza davanja naknade za navedeno ograničenje. Sukladno

ovoj koncepciji, zakonodavac je trebao propisati dodjelu naknade najmanje u još jednom slučaju. Naime radi se o dužnosti vlasnika kulturnog dobra da dopusti istraživanje i dokumentiranje kulturnog dobra kao i provođenje mjera zaštite te očuvanja kulturnog dobra osobi koja za to ima odobrenje nadležnog tijela. Zašto je u navedenom slučaju isključeno vlasnikovo pravo na naknadu ostaje otvoreno pitanje, posebice ako imamo u vidu odredbu članka 25. stavka 1. Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara sukladno kojoj vlasnik kulturnog dobra ima pravo na naknadu radi ograničenja prava vlasništva prema odredbama toga Zakona.

Pitanje koje se nameće je opravdanost izostanka naknade za ograničenja koja proizlaze iz zakonskih služnosti, pogotovo ako imamo u vidu relevantne odredbe Ustava te Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima kojima je predviđena dodjela naknade za ograničenja kojima su podvrgnuti vlasnici i drugi ovlaštenici prava na dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku.<sup>70</sup> Naknada za ograničenja prava vlasništva koja proizlaze iz zakonskih služnosti propisana je svega u dva zakona. Govori li to u prilog djelomično neustavne regulacije zakonskih služnosti? U konačnici ipak smatramo da nije tako, a opravdanje za prevladavajući stav zakonodavca nalazimo u odredbama članka 50. stavka 2. Ustava Republike Hrvatske. Naime, u slučaju ograničenja poduzetničke slobode i vlasničkih prava radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi nema ustavnog jamstva naknade. Iako aktualno uređenje ovog pitanja nije protivno Ustavu, ono u svakom slučaju nije sukladno odredbama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. No, neusklađenost s drugim zakonima nije jedini problem vezan uz odredbu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima koja predviđa dodjelu naknade za ograničenja kojima je podvrgnut vlasnik dobra od interesa za Republiku Hrvatsku. Temeljem kojih mjerila bi se obračunavao iznos takve naknade te kako uopće identificirati njezine ovlaštenike, pogotovo ako imamo u vidu da se njihove obveze često sastoje u propuštanju, također su pitanja na koje nitko do sada nije ponudio odgovor. Čini se kako je navedenu odredbu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima faktično nemoguće provesti. Nasuprot tome, smatramo kako je davanje naknade vlasnicima nekretnina opterećenih zakonskim služnostima opravdano i provedivo u slučajevima ostvarivanja posebnih koristi trećih osoba. Naime vlasnici takvih nekretnina mogu se točno identificirati pa dodjela naknade sukladno propisanim kriterijima ne predstavlja problem.

Općenito govoreći, smatramo kako je izostanak naknade za ograničenja prava vlasništva u vidu zakonskih služnosti opravdan. Naš se stav temelji na ustavnim odredbama o socijalnoj vezanosti prava vlasništva i dužnosti svakog vlasnika

70 Zakonom se određuje način na koji dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu upotrebljavati i iskorištavati ovlaštenici prava na njima i vlasnici, te naknada za ograničenja kojima su podvrgnuti. Članak 52. stavak 2. *Ustava Republike Hrvatske. Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* predviđeno je kako su vlasnici onih stvari koje su proglašene dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku i za koje je propisan poseban način uporabe i iskorištavanja dužni izvršavati svoje pravo vlasništva s time u skladu, ali im pripada pravo na naknadu za ograničenja kojima su podvrgnuti. Članak 32. stavak 2. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*.

da pridonosi općem dobru. Smatramo kako je cjelokupna problematika koja karakterizira primjenu zakonskih služnosti posljedica izostanka jasnog zakonskog određenja ovog instituta. Jedan članak Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima u kojem se navodi kako zakonske služnosti nisu služnosti već oblik ograničenja prava vlasništva nije ni približno dovoljan. Stoga pozivamo na cjelovito zakonsko normiranje instituta zakonskih služnosti, propisivanje pretpostavki za dodjelu naknade, kao i usuglašavanje odredbi Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima s odredbama posebnih zakona kojima su osnovane zakonske služnosti u pojedinim područjima.

## Summary

### REGULATION OF LEGAL SERVITUDES IN CROATIAN LAW

This paper discusses the meaning and main attributes of the legal servitudes. Author defines the scope of application of legal servitudes and discusses in detail the role that this limitation of property rights plays in management of public good. Despite wide application of legal servitudes in Croatian legal system, a definition to this institute cannot be found in legal acts. The lack of legal definition gave rise to certain issues related to this subject matter.

*Key words:* legal servitudes, good of interest to the Republic of Croatia, public good.

## Zusammenfassung

### GESETZLICHE DIENSTBARKEITEN IM RECHTSSYSTEM DER REPUBLIK KROATIEN

In der Arbeit werden gesetzliche Dienstbarkeiten als Form der öffentlich-rechtlichen Beschränkung des Eigentumsrechts bearbeitet und ihre Hauptmerkmale festgestellt. Der Anwendungsbereich der gesetzlichen Dienstbarkeiten wird definiert, wobei die gesetzlichen Dienstbarkeiten, welche wegen der Verwaltung von den im Interesse der Republik Kroatien liegenden Gütern und wegen der Allmendegüter begründet wurden, detailliert analysiert werden. Trotz der breiten Anwendung dieses Instituts in heimischer Gesetzgebung enthält kein Gesetzestext die Definition dieses Begriffs, was lässt viele Fragen in diesem Bereich offen.

*Schlüsselwörter:* gesetzliche Dienstbarkeiten, das im Interesse der Republik Kroatien stehende Gut, Allmendegut.

## Riassunto

### LE SERVITU' LEGALI NEL SISTEMA GIURIDICO DELLA REPUBBLICA DI CROAZIA

Nel lavoro si analizzano le servitù legali quali forma di limitazione giuspubblicistica del diritto di proprietà e si individuano le caratteristiche fondamentali di tale istituto giuridico. Viene in inoltre definito l'ambito di applicazione delle servitù legali, prestando particolare attenzione all'esame delle

servitù legali costituite al fine di amministrare i beni d'interesse per la Repubblica di Croazia, come pure il demanio pubblico. Nonostante l'assai ampia applicazione di tale istituto nella legislazione interna, nessun testo di legge contiene una specifica disciplina giuridica, il che porta a numerose questioni aperte in tale ambito giuridico.

***Parole chiave:*** *servitù legali, beni di interesse per la Repubblica di Croazia, demanio pubblico.*