

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 33

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 33,
Br. 1, str. X+1-522, Rijeka, 2012.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA

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

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

GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA

Nakladnik/Publisher: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

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

Uredništvo/Editorial Board: doc. 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: 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.

Korektura/Proofreading: doc. dr. sc. Dionis Jurić, dr. sc. Loris Belanić

Prijevod/Translations: mr. sc. Dalida Rittossa (za engleski), Katja Dobrić, prof. (za njemački), dr. sc. Sandra Winkler, (za talijanski)

za UDK/for UDK: Dejana Golenko, prof.

Adresa uredništva/Address of the Editorial Board: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel. (051) 359-555, fax. (051) 675-113

e-mail: zbornik@pravri.hr

www: <http://law.pravri.hr/hr/zbornik/index.html>

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 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, *Sociological Abstracts*, *Worldwide Political Science Abstracts*, *Linguistics and Language Behavior Abstracts*, San Diego, California, USA i *CRIM kriminologija in kazensko pravosodje*, Ljubljana, Slovenija.

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

ISSN 1330-349X

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 33

BROJ 1

RIJEKA, 2012.

SADRŽAJ

Savjetovanje
 „Vlasništvo – obveze – postupak“
 (Poreč, 18., 19. i 20. travnja 2012.)

Prilozi za Savjetovanje:**Petar Simonetti,**

Evolucija ustanove superficijarnog prava i usporedba
 s pravom građenja (izvorni znanstveni rad) 3

Mihajlo Dika,

O rješenju u parničnom postupku
 (izvorni znanstveni rad) 37

Aldo Radolović,

Građansko pravo u ustavnom sudovanju
 (izvorni znanstveni rad) 67

Jasnica Garašić,

Posebni tzv. partikularni stečajni postupak u hrvatskom pravu
 (izvorni znanstveni rad) 85

Dario Đerđa,

Pravila upravnog postupka u europskom pravu
 (izvorni znanstveni rad) 109

Hano Ernst, Romana Matanovac Vučković,

Prijenos prava radi osiguranja – nedorečenosti i nedovršenost
 (izvorni znanstveni rad) 145

Gabrijela Mihelčić, Iva Tuhtan Grgić,

Ovlast na prisilno namirenje zastarjele založnopravne tražbine
 (izvorni znanstveni rad) 187

Marko Šikić,

Pravomoćnost, konačnost i izvršnost u upravnom postupku
 (izvorni znanstveni rad) 205

Justina Bajt,

Pravo puta na javnim nekretninama radi gradnje elektroničke
 komunikacijske infrastrukture (izvorni znanstveni rad) 221

Marija Kriletić,

Slobodna ocjena u poreznim stvarima
 (izvorni znanstveni rad) 251

Dragan Bolanča,

Pravni status luka unutarnjih voda u Republici Hrvatskoj
(pregledni znanstveni rad) 273

Jozo Čizmić,

Određivanje mjesne nadležnosti od strane višeg suda
u parničnom postupku (pregledni znanstveni rad) 291

Zvonimir Slakoper, Vlado Skorup,

O zastari i prekluziji kod paulijanske tužbe
(pregledni znanstveni rad) 313

Nataša Žunić Kovačević,

Potpore komunalnom društvu za izgradnju komunalne infrastrukture
i primjena poreza na dodanu vrijednost (pregledni znanstveni rad) 337

Dionis Jurić, Jelena Mihić,

Prijelaz rizika s prodavatelja na kupca kod ugovora
o međunarodnoj kupoprodaji s osvrtom na INCOTERMS 2010
(pregledni znanstveni rad) 355

Bosiljka Britvić Vetma,

Ustroj i nadležnost upravnih sudova
(pregledni znanstveni rad) 389

Dejan Bodul,

Zakonska regulacija stečaja nad jedinicama lokalne samouprave
- komparativna rješenja i hrvatska perspektiva
(pregledni znanstveni rad) 413

Jadranko Jug,

Odgovornost za štetu zbog nezakonitog ili nepravilnog rada sudaca
(stručni rad) 443

Damir Kontrec,

Novine u zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora
(stručni rad) 461

Inga Vezmar Barlek,

Novo uređenje predmeta upravnog spora u Republici Hrvatskoj
(osvrt) 485

Tamara Bogdanović,

Imovinsko potraživanje kao razlog za nastavak upravnog
postupka i upravnog spora nakon smrti stranke
(osvrt) 505

TABLE OF CONTENTS

Conference
“Ownership – Obligations – Procedure”
(Poreč, April 18 -20, 2012)

Conference Texts:

Petar Simonetti,

Evolution of the Institute of Right of Superficies
and Comparison with the Right to Build 3

Mihajlo Dika,

On the Ruling in Civil Proceedings 37

Aldo Radolović,

Civil Law in Constitutional Case Law 67

Jasnica Garašić,

Special, the So Called Particular Bankruptcy Proceedings
in Croatian Law 85

Dario Đerđa

Rules Governing the Administrative Proceedings
in the European Law 109

Hano Ernst, Romana Matanovac Vučković,

Security of Claims by Transfer of Rights – Ambiguities
and Imperfections 145

Gabrijela Mihelčić, Iva Tuhtan Grgić,

Authorisation to Settle Ex Officio the Prescribed Claim
Secured by Pledge 187

Marko Šikić,

Legal Effectiveness, Finality and Enforceability
in the Administrative Proceedings 205

Justina Bajt,

The Right of Way as Legal Servitude Burdening the Public
Real Properties for the Construction of Electronic
Communication Infrastructure 221

Marija Kriletić,

Free Assessment in Revenue Matters 251

<i>Dragan Bolanča,</i> The Legal Status of Ports in Internal Waters in the Republic of Croatia	273
<i>Jozo Čizmić,</i> A Higher Court's Ruling on Territorial Jurisdiction in Civil Proceedings	291
<i>Zvonimir Slakoper, Vlado Skorup,</i> On Prescription and Preclusion in a Paulian Action	313
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> Subsidies to Municipal Companies for Construction of Communal Infrastructure and Value Added Tax Application	337
<i>Dionis Jurić, Jelena Mihić,</i> Transfer of Risk between Seller and Buyer in Contract on International Sale of Goods with Review on Incoterms 2010	355
<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> The Composition and Jurisdiction of the Administrative Courts	389
<i>Dejan Bodul,</i> Legislative Regulation Governing Bankruptcy of the Units of Local Self-Government - Comparative Solutions and Croatian Perspective	413
<i>Jadranko Jug,</i> Liability for Damages Caused by Illegal or Irregular Performance of Judges	443
<i>Damir Kontrec,</i> The New Provisions Governing the Lease and Sale of Business Premises	461
<i>Inga Vezmar Barlek,</i> New Regulations on Subject of the Administrative Dispute in the Republic of Croatia	485
<i>Tamara Bogdanović,</i> Property Claim as a Ground for Motion to Revive an Action that was Pending within the Administrative Procedure and Administrative Dispute Due to the Death of the Party	505

INHALT

Tagung „Eigentum – Pflichten – Verfahren“ (Poreč, 18 – 20. April 2012)

Tagungsbeiträge:

Petar Simonetti,

Die Evolution des Instituts des Superädifikatsrechtes
und sein Vergleich mit dem Baurecht 3

Mihajlo Dika,

Über den Beschluss im Prozessverfahren 37

Aldo Radolović,

Zivilrecht bei der Verfassungsgerichtsbarkeit 67

Jasnica Garašić,

Sonderkonkursverfahren oder das s.g. Partikularkonkursverfahren
im kroatischen Recht 85

Dario Derđa,

Die Regeln des Verwaltungsverfahrens im EU-recht 109

Hano Ernst, Romana Matanovac Vučković,

Rechteübertragung wegen Versicherung – Unvollständigkeiten
und Unklarheiten 145

Gabrijela Mihelčić, Iva Tuhtan Grgić,

Vollmacht zur Zwangseinziehung der verjährten
Pfandrechtlichen Forderung 187

Marko Šikić,

Rechtskraft, Endgültigkeit und Vollstreckbarkeit
im Verwaltungsverfahren 205

Justina Bajt,

Das Wegerecht auf öffentliche Immobilien wegen Ausbau
elektronischer Kommunikationsinfrastruktur 221

Marija Kriletić,

Freies Ermessen in Steuersachen 251

<i>Dragan Bolanča,</i> Rechtsstatus von Häfen der inneren Gewässer in der Republik Kroatien	273
<i>Jozo Čizmić,</i> Bestimmung der Ortszuständigkeit im Prozessverfahren von Seiten des höheren Gerichts	291
<i>Zvonimir Slakoper, Vlado Skorup,</i> Über Verjährung und Präklusion bei Paulianischer Anfechtungsklage	313
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> Die der Kommunalgesellschaft zu Zwecken des kommunalen Infrastrukturausbaus gewährten Unterstützungen und Mehrwertsteueranwendung	337
<i>Dionis Jurić, Jelena Mihić,</i> Risikoübertragung vom Verkäufer auf den Käufer beim internationalen Kaufvertrag mit Rückblick auf INCOTERMS klauseln 2010	355
<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> Organisation und Zuständigkeit von Verfassungsgerichten	389
<i>Dejan Bodul,</i> Gesetzesregulierung des Konkurses über die Einheiten der lokalen Selbstverwaltung -rechtsvergleichende Beschlüsse und deren Perspektive in Kroatien	413
<i>Jadranko Jug,</i> Schadenshaftung wegen des gesetz- oder ordnungswidrigen Richterverhaltens	443
<i>Damir Kontrec,</i> Neuheiten bei der Pacht und beim Kauf und Verkauf des Geschäftsraums	461
<i>Inga Vezmar Barlek,</i> Neue Regulierung der Verwaltungstreitsache in der Republik Kroatien	485
<i>Tamara Bogdanović,</i> Vermögensforderung als Grund für Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens und der Verwaltungstreitigkeit nach Tod der Partei	505

INDICE

Convegno
“Proprietà – Obbligazioni – Processo”
(Poreč, 18 – 20 aprile 2012)

Contributi per il Convegno:

Petar Simonetti,

L'evoluzione dell'istituto del diritto di superficie
e raffronto con il diritto di costruire 3

Mihajlo Dika,

Del decreto nel procedimento contenzioso 37

Aldo Radolović,

Il diritto privato nella giustizia costituzionale 67

Jasnica Garašić,

Il procedimento fallimentare speciale c.d. particolare nel diritto croato 85

Dario Đerđa

Le regole del procedimento amministrativo nel diritto europeo 109

Hano Ernst, Romana Matanovac Vučković,

Trasferimento del diritto a fini di garanzia
– vaghezze ed incompiutezze 145

Gabrijela Mihelčić, Iva Tuhtan Grgić,

Potere di far valere in via coattiva la pretesa derivante
da diritto di garanzia prescritto 187

Marko Šikić,

Passaggio in giudicato, definitività ed esecutorietà nel
procedimento amministrativo 205

Justina Bajt,

Il diritto di passaggio su immobili pubblici per la costruzione
dell'infrastruttura per la comunicazione elettronica 221

Marija Kriletić,

La valutazione discrezionale nelle questioni fiscali 251

<i>Dragan Bolanča,</i> Lo stato giuridico dei porti delle acque interne nella Repubblica di Croazia	273
<i>Jozo Čizmić,</i> Determinazione della competenza territoriale da parte della corte di grado superiore nel procedimento contenzioso	291
<i>Zvonimir Slakoper, Vlado Skorup,</i> Della prescrizione e della decadenza nell'actio pauliana	313
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> Le sovvenzioni alle società comunali per la costruzione delle infrastrutture comunali e l'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto	337
<i>Dionis Jurić, Jelena Mihić,</i> Il passaggio del rischio dal venditore al compratore nel contratto di vendita internazionale con attenzione agli INCOTERMS 2010	355
<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> Organizzazione e competenza delle corti amministrative	389
<i>Dejan Bodul,</i> La disciplina giuridica del fallimento degli enti di amministrazione locale: soluzioni comparate e prospettiva croata	413
<i>Jadranko Jug,</i> Responsabilità per il danno derivante dall'operato illecito o inesatto dei giudici	443
<i>Damir Kontrec,</i> Novità nella locazione e nella compravendita di locali ad uso commerciale	461
<i>Inga Vezmar Barlek,</i> La nuova disciplina dell'oggetto del contendere nel processo amministrativo nella repubblica di Croazia	485
<i>Tamara Bogdanović,</i> La pretesa economica quale ragione per la prosecuzione del procedimento e del contenzioso amministrativo dopo la morte della parte	505

EVOLUCIJA USTANOVE SUPERFICIJARNOG PRAVA I USPOREDBA S PRAVOM GRAĐENJA

Dr. sc. Petar Simonetti,
umirovljeni sveučilišni redoviti profesor
Rijeka

UDK: 347.235.
Ur.: 1. prosinca 2011.
Pr.: 16. siječnja 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Dug je bio put od rimskoga superficiosa (njegovih preteča), tj. prava imati zgradu na tuđem zemljištu koje u rimskom pravu nikad nije razvijeno do stupnja pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade, iako je superficijar imao posjedovnu i vlasničku zaštitu. Iako je razvoj te ustanove tendirao tome, pa se ona lako uklapala u feudalnu strukturu podijeljenog vlasništva. Ovaj razvoj poticala su još u rimskom pravu - barbarska prava koja su kao i prava srednjovjekovnih gradskih statuta u Italiji, umjesto vlasničkoga načela priraštaja davala prednost načelu po kome zgrada pripada onome koji ju je izgradio. Različite ustanove prava imati zgradu na tuđem zemljištu odvojenu od zemljišta razvile su se kao što smo vidjeli u njemačkom i austrijskom pravu prije suvremenoga prava građenja. Pravo građenja razlikuje se od superficijarnog prava po tome što samo preuzima ulogu zemljišta pa je zgrada njegov priraštaj kao da je ono zemljište iz čega proizlaze mnogobrojne prednosti osobito za nositelja prava građenja. Za razliku od superficijarnog prava koje postiže poduzetništvo pravo građenja u prvom redu štiti socijalno ugrožene jer omogućava izgradnju zgrade bez kupovine zemljišta uz malu periodičnu naknadu ili bez naknade, posebno kada ga osnivaju općine.

Ključne riječi: *superficijarno pravo, pravo građenja, pravo vlasništva.*

UVOD

Nastanak i evolucija različitih pravnih ustanova prava imati zgradu na tuđem zemljištu vezana je uz nastanak ustanove privatnog vlasništva na građevinskom zemljištu i njezine povijesne mijene.

Najstarija između tih pravnih ustanova u Europi bila je ustanova superficijarnog prava u rimskom pravu koja je evoluirala do suvremenog talijanskoga superficijarnog prava i njemu sličnih pravnih ustanova u drugim pravnim sustavima. Savršeniji oblik ima njemačka ustanova nasljednog prava građenja (Erbbaurecht), odnosno

austrijska ustanova prava građenja (Baurecht) i gotovo identične pravne ustanove hrvatskoga prava građenja, prava građenja bosanskih entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.

U ovom radu prikazuju se i ustanove prava imati zgradu na tuđem zemljištu koje prethode nasljednom pravu građenja u Njemačkoj, a nastale su davno prije ujedinjenja (1870.) i austrijska pravna ustanova Bodenzins do Zakona o pravu građenja od 26. travnja 1912. koji je noveliran 1990.

U doba industrijske revolucije u Europi izbilo je u prvi plan pravo na stan kao jedno od najvažnijih prava u borbi radničke klase za ostvarenje prava proletera (beskućnika). U to vrijeme naime, iz sela u gradove slio se veliki broj stanovništva, proletariziranog seljaštva, a oskudica stambenog prostora bila je tako velika da su u jednoj ili dvije sobe u onim bijednim „kućerinama“ stanovale obitelji od sedam, osam članova i više. Poduzetnici su ulagali kapital gradeći takve zgrade da bi izvukli profit iz toga, a morali su dijeliti stanarinu koju su plaćali najmoprimci, s vlasnicima zemljišta na kojima su izgrađene te kuće. Stanarina ionako mala jer su bile male nadnice nedostajala je za održavanje, a kamoli za obnovu tako izgrađenih zgrada koje su u onim paklenim uvjetima stanovanja trajale dvadeset-trideset godina nakon čega bi prestao ugovor o zakupu zemljišta.¹ Ovaj socijalni problem koji se najprije zaoštrio u Engleskoj, u drugoj polovini 19. stoljeća prenio se u Njemačku. Radi očuvanja socijalnog mira tražili su se načini izlaza iz toga društveno teškog stanja. Tako je već 1907. formuliran program reforme prava vlasništva na građevinskom zemljištu koji je imao za cilj stimulirati stambenu izgradnju, osnivanjem prava građenja. Ustanova prava građenja bila je već na snazi u Njemačkoj od 1. siječnja 1900. godine (§912-917 Građanskog zakonika Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), ali sa širokom slobodom ugovaranja, što je bilo u interesu vlasnika zemljišta po pravilu ekonomski jače strane u pravnom odnosu. Stoga je to pravo temeljito reformirano socijalnim elementima Uredbom o nasljednom pravu građenja sa zakonskom snagom u Weimarskoj Republici Njemačkoj od 15. siječnja 1919.

Ustanova superficijarnog prava u rimskom pravu razvija se u sasvim drugim uvjetima po načelima rimskoga građanskog prava nasuprot kogentnom načelu *superficies solo cedit* koje ne poznaje iznimke što znači da sve što se izgradi poslije ili zasadi postaje vlasništvo vlasnika zemljišta bez obzira tko je gradio, posijao ili zasadio i sa čijim sredstvima.

Kao što je pravo na život prirodno pravo čovjeka, takvo je i njegovo pravo stanovanja i privređivanja sredstava za život na planetu Zemlji, jer on nema druge postojbine, osim „ove jedine zemlje“.² Ali je površina zemljišta, iako nije tvorevina čovjeka, u gusto naseljenim područjima, mjestima i gradovima odavna isparcelirana na objekte prava vlasništva koji pripadaju malobrojnima, pa su svi drugi lišeni prava da ih koriste bez suglasnosti vlasnika kome za njihovo korištenje, po pravilu,

1 Engels, F., Položaj radničke klase u Engleskoj. Na osnovu sopstvenih posmatranja i autentičkih dokumenata (K. Marx – F. Engels, Dela, tom IV., Prosveta, Beograd, 1968.).

2 Tekst pod navodnicima naslov je knjige –Supek, R., Ova jedina zemlja, Naprijed, Zagreb, 1973.

plaćaju odgovarajuću naknadu³ neposredno ili posredno. Većina, dakle, plaća manjini naknadu za pravo da smije stanovati na Zemlji, prirodnoj tvorevini koju je ta manjina tijekom povijesti „uzurpirala“ kao da su dijelovi Zemlje *res nullius* koji pripadaju onome što ih prvi prisvoji kao da su pokretne stvari (*res nullius cedit primo occupanti*).

S druge strane, po rimskom građanskom pravu, sve što se trajno spoji sa zemljištem postaje sastavnim dijelom zemljišta, pa nije vlasnik zgrade onaj tko ju je izgradio na tuđem zemljištu (makar sa svojim materijalom), već je to vlasnik zemljišta. *Superficies solo cedit* nema iznimke. Ovo načelo slijede suvremena prava kontinentalne Europe koja predstavljaju nastavak načela rimskog prava, ali samo kao dispozitivno pravilo.

U povijesti privatnog prava vlasništva na zemljištu, u srednjem vijeku, razvile su se takve pravne ustanove koje su ograničavale načelo *superficies solo cedit*, ili su ga svodile na dispozitivno pravilo, ili je ulogu zemljišta preuzimalo pravo imati vlastitu zgradu na tuđem zemljištu.

Najznačajnija povijesna pravna ustanova koja se razvila u sukobu s načelom *superficies solo cedit* bio je rimski *superficies*. Ona je izvršila presudan utjecaj na suvremene ustanove pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade - prava imati vlastitu trajnu zgradu na tuđem zemljištu.

Našu pozornost zaokupljaju i pravne ustanove prava korištenja radi građenja kao i trajnog prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu koje se transformiralo u pravo vlasništva vlasnika zgrade.⁴

Najprije se prikazuje geneza, razvoj i pravna priroda rimskog *superficies* a ustanova koje su mu prethodile, njegove modifikacije u općem (pandektnom) pravu i njegova preobrazba u ustanovi podnine (Bodenzins) u austrijskom Općem građanskom zakoniku (§§ 1122.-1150. - OGZ). Opći građanski zakonik stupio je na snagu 1.1.1812., a bio je na snazi i na pretežnom dijelu područja današnje Republike Hrvatske od 1815., 1816., 1820. i 1853., dok se OGZ u Bosni i Hercegovini *via facti* primjenjivao od 1878. do 1918. I na jednom i na drugom području OGZ je bio pozitivan propis u versajskoj Jugoslaviji do 6. travnja 1941.

Francuski Code civil, iako nije uredio ustanovu superficijarnog prava, dopušta pravno razdvajanje zemljišta i zgrade na temelju pisanog pravnog posla (čl. 553.). To dopušta i prvi talijanski Codice civile od 1865. (čl. 448.), koji se primjenjivao od 1. srpnja 1929. na onom dijelu današnje Republike Hrvatske koji je bio pod talijanskom suverenitetom od 1920. do 1947.⁵ (od Rapalskog ugovora - 1920., odnosno Rimskog ugovora 1924. za Rijeku, do stupanja na snagu Ugovora o miru FNRJ s Italijom 15. rujna 1947., odnosno na području Slobodnog teritorija Trsta

3 Marxova misao.

4 Simonetti, P., Rimsko superficijarno pravo i pravne ustanove koje prethode hrvatskom pravu građenja, u: Simonetti, P., Rasprave iz stvarnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2001.

5 Talijanski Codice civile protegnut je na to područje na temelju kraljevskog Dekreta od 1. srpnja 1929. (Butera, La proprietà di case per piani, UTET, Torino, 1933., p.15.).

sjeverno od rijeke Mirne sve do 28.10.1954). Francuski Code civil primjenjivao na području ilirskih pokrajina, Istre i Dalmacije (1806.-1815.).⁶

Pravo FNRJ/SFRJ također je dopuštalo pravno odvajanje zgrade od zemljišta u privatnom vlasništvu.⁷ Zgrade su *ex lege* bile odvojene od zemljišta u društvenom vlasništvu, a zgrade u etažnom vlasništvu i od zemljišta u privatnom vlasništvu. Pravo suvlasništva na zemljištu nije se protezalo na zgradu.

Skrećemo pozornost i na primjenu pravnih pravila o pravu građenja iz austrijskoga Zakona o pravu građenja od 26. travnja 1912. godine, koji je bio na snazi na području Višeg zemaljskog (Apelacionog) suda u Splitu do 6. travnja 1941. godine, a na onom dijelu koji je bio ustupljen Kraljevini Italiji primjenjivao se do 1. srpnja 1929. Nakon toga se na tom području primjenjuje talijanska ustanova superficijarnog prava do gore navedenih datuma (15.9.1947. i 28.10.1954.) o važenju talijanskoga CC-a.

Postavlja se pitanje može li se na temelju ugovora zaključenih po pravilima o pravu građenja, odnosno talijanskoga superficijarnog prava uknjižiti pravo građenja po sadašnjem pravu. O tomu se raspravlja u drugom radu.⁸

1. RIMSKO NAČELO SUPERFICIES SOLO CEDIT

Sve što se posije, zasadi i izgradi na površini zemljišta integralni je dio zemljišta. Vlasnik zemljišta stječe pravo vlasništva na svim pokretnim stvarima kada se inkorporiraju u zemljište bez obzira tko ih je ugradio (vlasnik i netko drugi) i s čijim sredstvima je to učinjeno. *Superficies est omne id, quod supra soli facien est; ut arbores, plante, praepimis aedificia, que quis in alieno solo aedificavit, consentiente domino*⁹ ili kako kaže Gaius: *Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est* (D. 41,1,7,12).

Pravilo *superficies solo cedit* izražava bit prirode rimskoga prava vlasništva koje se proteže *usque ad inferos et usque ad sidera* (sve do pakla i do zvijezda). Pravo vlasništva na zemljištu prostorno je neograničeno u dubinu i u visinu. Ono se proteže na sve stvari koje se nerazlučivo spoje sa zemljištem: *cuius est solum eius est usuque ad celum et ad inferos*. Zemljište je *ex iure* glavna stvar, a po načelu *accessorium cedit principal*, sve što se sa zemljištem nerazlučivo spoji gubi svoju pravnu autonomiju, postaje integralni dio zemljišta kao homogenog objekta prava vlasništva i drugih stvarnih prava (*iura in re aliena*). Kogentna norma isključuje horizontalnu diobu objekta (nekretnine) prava vlasništva na zemljištu i zgradi. Zato bi ugovor o takvoj diobi bio pravno ništetan.

6 Čulinović, F., Državnopravna historija jugoslovenskih zemalja, Školska knjiga, Zagreb, 1961., str. 209.

7 Na temelju pravnog posla mogla se odvojiti trajna zgrada od zemljišta u privatnom vlasništvu (čl. 6. st. 1. Zakona o prometu zemljišta i zgrada Sl. list FNRJ 26/54.

8 Simonetti, P., Rimsko superficijarno pravo i pravne ustanove koje prethode hrvatskom pravu građenja.

9 Voet, ad Pandectas, lib XLIII, tit. 18.

Prostorno neograničeno pravo vlasništva na zemljištu u dubinu i u visinu je, dakle, zaštićeno imperativnom normom. Prema shvaćanju rimskih pravnika pravilo *superficies solo cedit* izražava harmonično jedinstvo civilnog i prirodnog prava: "... *proprietas est civile et naturali iure eius est cuius et solum*" (D. 43, 18, 2). ili kako kaže Ulpianus: "*naturale ius, quid superficies ad dominium soli pertinent*", odnosno "*semper enim superficies solo cedere*" (D. 43, 17, 3, 7). Ovu misao Paulus sažima riječima: "*sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat quae natura solo cohaeret*" (D. 44, 7, 44, 1). U jednoj konstituciji Severa i Caracalae od 213. godine kaže se: "...*id quod in solo tuo aedificandum est quo ad in eadem causa manet, iure ad te pertinet...*" (C. 3, 32, 2, 1).

2. PRAVNE USTANOVE KOJE SU PRETHODILE RIMSKOM SUPERFICIESU (SUPERFICIJARNO PRAVO)

Potreba za građenjem na tuđem zemljištu postoji tamo gdje se ustalila pravna ustanova privatnog vlasništva na prostorno ograničene dijelove Zemljine kugle: građevinske čestice uspostavljene tijekom raspada ustanova kolektivnog vlasništva na urbanom zemljištu.

Po rimskom pravu, međutim, onaj koji bi izgradio zgradu na tuđem zemljištu, ne bi stjecao pravo vlasništva na zgradu, već bi zgrada bila vlasništvo vlasnika zemljišta po načelu *superficies solo cedit*.

Pravni temelj građenja na tuđem zemljištu u najranije doba rimskog civilnog prava mogao je biti ugovor o dugogodišnjem zakupu ili neki njemu sličan pravni posao. Ali na temelju ni jednog pravnog posla nije se mogla pravno odvojiti trajna zgrada od zemljišta, jer je *superficies solo cedit* načelo bez iznimke. Zakupnik bi imao pravo uporabe zgrade na temelju ugovora o zakupu ili koje druge privatnopravne osnove i u slučaju da je sam izgradio zgradu svojim sredstvima, jer bi zgrada po željeznom načelu *superficies solo cedit* i tada bila pravno sastavni dio zemljišta i zajedno sa zemljištem vlasništvo vlasnika zemljišta. Ne postoji, dakle, mogućnost da graditelj bude vlasnik zgrade ako nije vlasnik zemljišta, već je vlasnik zemljišta uvijek vlasnik na njemu izgrađene zgrade, ma tko da je zgradu izgradio s dopuštenjem ili protiv dopuštenja vlasnika zemljišta (D 43,18,2 *Gaius Libro vicesimo quinto ad aedictum provinciale Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt: quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum*).

Dug je bio put od prvobitnog, ugovornog prava građenja na tuđem zemljištu do *superficies*a, ograničenog stvarnog prava na tuđem zemljištu, *iure in re aliena*, ili po nekima, čak superficijarnog vlasništva na zgradu u postklasičnom pravu koje je obuhvaćeno Justinijanovom kodifikacijom (*Corpus iuris civilis*). Superficies se, izvan svake sumnje, mogao osnivati i na postojećim zgradama.¹⁰

10 Horvat M., Rimsko pravo, Školska knjiga, Zagreb, 1980., str. 166.

U starije vrijeme, kad još nisu bile šire razvijene potrebe građenja na tuđem zemljištu i kada se rijetko sklapao ugovor o dugogodišnjem zakupu radi građenja na privatnom zemljištu, koncesija *ad aedificandum in solo publico*, imala je širu primjenu, odnosno tom su se koncesijom zadovoljavale potrebe izgradnje zgrada privatnih osoba na javnom (državnom) zemljištu, odnosno na javnom dobru (*in solo publico*).

2.1. Koncesija za građenje na javnom zemljištu (*concessio ad aedificandum in solo publico*)

Začetak i razvoj pravnog instituta *superficies* razumjet će se bolje ako se prethodno izloži geneza i pravna priroda pravne ustanove koncesije za građenje na javnom zemljištu (*in solo publico*), koja prethodi dugogodišnjem zakupu radi građenja na privatnom zemljištu. Osim toga, ova koncesija u izvjesnom smislu preteča je superficijarnog prava, stvarnog prava na tuđem zemljištu (*ius in re aliena*).

Graditelj kome je dana koncesija *ad aedificandum in solo publico* uz obvezu plaćanja solariuma stjecao je pravo uživanja i raspolaganja (*fruenti et abutendi*) zgradom za dugi vremenski period ili praktično – za trajno pravo. Tako se pomirilo gvozdeno načelo neotuđivosti javnog zemljišta u vlasništvu rimske države s interesima rimskih građana da grade zgrade na tom zemljištu.¹¹

Koncesionar koji je podigao zgradu *in solo publico* imao je pravo s njom raspolagati, otuđiti je kako *inter vivos* tako i *mortis causa*, pa čak i pravo razoriti je.¹² Ali, “ako netko npr. proda barake u kojima su radili mjenjači, ili neke druge koje su podignute na javnom zemljištu, on ne prodaje zemljište, nego samo pravo (uporabe), jer su barake javne, ali je njihova poraba privatna.”¹³ U tom slučaju, naime, prenosi se obvezno pravo uporabe baraka, a ne pravo vlasništva ili koje drugo stvarno pravo.

Prema nekim romanistima ipak se čini da nije postojala zapreka za konstituiranje prava uživanja zgrade na javnom zemljištu koje je bilo zaštićeno akcijom *in rem*, slično kao *ius in agro vectigali*.¹⁴

Premda klasični izvori rimskoga prava upućuju na ugovor o zakupu kao pravnu osnovu koncesije *in solo publico*, neki suvremeni romanisti smatraju da bi bila inkompatibilna privatnopravna zaštita koncesionara prema koncedentu, državi ili gradskoj općini, kakva proizlazi iz ugovora o zakupu.¹⁵ Oni smatraju, dakle, da je država ili lokalna uprava davala koncesiju kao vlast, te da nije kao građanskopravna osoba neposredno zaključivala ugovor o zakupu.

11 Pastori Franco, *La superficie nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1962., str. 34.

12 Arangio – Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 1934., p. 249; D.18. 1, 32.

13 Prijevod Romac A., *Izvori rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1973. (313., D 6, 1, 74, ... Paulus...)

14 Arangio - Ruiz, op. cit., p. 249. – 250.

15 Pastori, op. cit., p. 35.-38. (tamo citirana djela) i Arangio - Ruiz, op. cit., str. 250.

2.2. Zakup zemljišta radi građenja (*Conductio plenior ili conductio ad modum irregularis*)

Među privatnicima koncesija *ad aedificandum*, mogla se konstituirati samo na osnovi ugovora koji nije mogao biti temelj kreiranja stvarnog prava. To je bio ugovor o zakupu, koji je zakupniku – superficijaru, davao pravo uporabe tuđeg zemljišta na kome je podignuta zgrada koja je bila bez iznimke sastavni dio zemljišta. Ovaj pravni odnos mogao se eventualno konstituirati i na osnovi ugovora o kupoprodaji obveznog prava uporabe zgrade na koji bi se nadovezao ugovor o zakupu zemljišta.¹⁶ U ovom slučaju, po mišljenju Bartolusa, ostaje (zadržava se) ugovor o zakupu zemljišta (zakupopravni odnos) i nakon razaranja zgrade.¹⁷ Naprotiv, ako je i objekt zakupa sama zgrada, logično je da s rušenjem zgrade prestaje ugovor o zakupu, odnosno zakupopravni odnos. Po drugom shvaćanju, međutim, između ugovora o zakupu gologa zemljišta i ugovora o stjecanju prava uporabe zgrade na tuđem zemljištu, nema divergencije pa se ne može činiti razliku. Ovu razliku ne čine ni pravni izvori. Zakup postojeće zgrade u skladu s civilnim pravom proteže se i na zemljište potrebno za njenu uporabu.¹⁸

Za razliku od običnog zakupa - *simplex* ili *vulgaris*, zakup zemljišta radi građenja (izgradnje zgrade) zvaao se *conductio plenior* odnosno *conductio ad modum irregularis*.¹⁹ Bitna razlika između običnog zakupa zemljišta i superficijarnog zakupa je što prvi ugovor o zakupu ovlašćuje zakupnika da crpi plodove zemljišta (*frui*), a drugi - da koristi zemljište za točno određenu svrhu - radi podizanja zgrade i radi njene uporabe u skladu s ugovorom i namjenom zgrade. Tako je po *ius civile*, uz tipičan zakup (*conductio simplex*), uveden *conductio plenior*, koji se do izgradnje zgrade veže uz golo – neizgrađeno zemljište, a ovlašćuje zakupnika da izgradnjom zgrade iz temelja transformira površinu zemljišta, njenu namjenu. No, nakon izgradnje, zgrada, a ne zemljište, izbija u prvi plan, odnosno ona postaje zapravo objekt superficijarnog zakupa. Time se započinje odvajanje *superficies* - kao autonomnog prava na zgradu, odnosno još uvijek obvezno pravo, ali koje će u daljnjem razvoju, kako će se kasnije vidjeti, postupno dobivati obilježja samostalnog stvarnog prava.

Do sada smo polazili od pretpostavke da je ugovor o zakupu jedini pravni temelj obveznog prava uporabe i uživanja zgrade na privatnom zemljištu, a kupoprodaja samo kao cesija toga prava. U izvorima se, međutim, pored ugovora o zakupu, spominje i kupoprodaja, kao i legat, pa i darovanje.²⁰ Razumije se da je sve dotle dok je *superficies* imao obilježja obveznog prava, konstitutivna osnova bio samo svojevrсни zapis, *legatum simendi modo*, koji bi se, kako kaže Pastori, mogao koncipirati, tj. pojmovno formulirati ovako: *heres meus dare esto sinere...*

16 Arangio – Ruiz, op. cit., 249.-250.

17 Vidi: Pastori, op. cit., p. 39.

18 Pastori, op. cit., p. 39.- 40.

19 Pastori, op. cit., p. 40-41.

20 Pastori, op. cit., p. 43.-67.

*ut superficiem fruatur.*²¹ Izvjesno je, naime, da civilno pravo dopušta uživanje *superficies*a (zgrade) samo na temelju ugovora o zakupu. Zato se i interdiktom *de superficiebus* štiti samo pravo uživanja zgrade koje je osnovano *ex lege locationis sive conductionis*.

3. ZAČETAK SUPERFICIJARNOG PRAVA

Kada se tijekom vremena pojam superficijarnog prava približio pojmu ne-tjelesne stvari (*res incorporalis*), koje se može steći pravnim poslom koji stvara (kreira) obvezu *dare rem*, po analogiji nije bio isključen ni pravni posao o osnivanju superficijarnog prava - *dare superficiem*. Na toj etapi postupne transformacije superficijarnog prava, od obveznog u stvarno pravo, kupoprodaja zamjenjuje ugovor o zakupu, kao konstitutivni akt. U slučaju oblikovanja superficijarnog prava, dakle, moramo razlikovati dvije faze. Prva, u kojoj je pravo uporabe ili pravo uživanja zgrade zasnovano na ugovoru o zakupu, i druga, kada se superficijarno pravo izdvaja kao samostalno pravo koje se može steći na osnovi ugovora o kupoprodaji, darovanjem ili izjavom posljednje volje - legatom.²²

Sve dotle dok posljedice koje proizlaze iz načela *superficies solo cedit* nisu došle u sukob s gospodarskim potrebama rimskoga društva, dok je postojalo relativno harmonično jedinstvo civilnopravne forme s društveno-ekonomskim potrebama, svi pravni odnosi koji proizlaze iz građenja na tuđem zemljištu su se osnivali, mijenjali i razrješavali, na temelju i posredstvom ustanova civilnog prava. U vrijeme kada društveno-ekonomski odnosi dolaze u sukob s civilnopravnom dogmom, počinje se razvijati *ius honorarium* kao antiteza civilnog prava, kao nastojanje da se novom pravnom formom obuhvate novonastali društveno-ekonomski, odnosno obveznopravni odnosi. Ova teza se potvrđuje i u temi koja se ovdje razmatra. Honorarno pravo je, naime, omogućilo da se pravo uporabe ili pravo uživanja zgrade izdvoji iz krila civilnog prava kao samostalno superficijarno pravo. Pastori smatra da bi uzalud tražili začetak superficijarnog prava u okviru civilnog rimskog prava, već da nas njegova geneza vodi izravno u barbarsko pravo.²³

Začetak superficijarnog prava, međutim, najprije se javlja u administrativnim (javnopravnim) koncesijama za građenje na javnom zemljištu,²⁴ da bi se kasnije razvijalo iz privatnopravnog odnosa na zemljištu u privatnom vlasništvu. U starije vrijeme, uostalom, ugovor o zakupu privatnog zemljišta radi građenja imao je vrlo usku primjenu. Interes za građenje na privatnom zemljištu povećava se tek u posljednjem stoljeću Republike, usporedo s porastom stanovništva u gradovima.²⁵

21 Pastori, op. cit., p. 65.

22 Pastori, op. cit., p. 57.-61.

23 Pastori, op. cit., p. 71.

24 Pastori, op. cit., p. 70.

25 Ovaj se interes povećava još više u doba principata kada broj stanovnika Vječnog grada prema nekim proračunima dostiže zastrašujuću brojku od 1.200.000 do 1.500.000. Vidi: A. Romac: Stambene prilike u starom Rimu, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XXIII,

Tada se kao posljedica velike koncentracije zbog sve bržeg porasta stanovništva na uskom prostoru javlja i oskudica građevinskog zemljišta. Izlaz je nađen u građenju na tuđem zemljištu u privatnom vlasništvu i u izgradnji višestambenih zgrada s većim brojem katova. Ova horizontalna i vertikalna ekspanzija građevinskog (stambenog) prostora (objekata) neminovno je došla u sukob s civilnim konceptom prava vlasništva, koje se proteže “do pakla i do zvijezda.” Graditelji su po civilnom pravu mogli podijeliti korištenje zgrade samo po obveznopravnoj osnovi. Na temelju ugovora može se uživati i samo horizontalni dio zgrade, kao što se do sada mogla uživati zgrada u cjelini, kada je bila podignuta na tuđem zemljištu na osnovi ugovora koji je proizvodio obveznopravne učinke. Dakle, objekt zakupa može biti i samo jedan stan u zgradi koja ima više stanova, odnosno više katova.²⁶

Zakupnik zemljišta i njegovi univerzalni sljednici imali su samo obveznopravnu zaštitu prema zakupodavcu (vlasniku zemljišta): *actio conducti* ili *actio empti*. Prema trećima, uključujući i singularnog sukcesora prava vlasništva na zemljištu, oni nisu uživali nikakvu pravnu zaštitu, niti je singularni sljednik zakupnika imao pravnu zaštitu prema zakupodavcu, budući da nije bio s njim u ugovornom odnosu. Protiv novog vlasnika superficijar je mogao potražiti samo indirektnu zaštitu podižući *actio conducti* protiv ranijega vlasnika, s kojim je zaključio ugovor o zakupu i od njega zahtijevati naknadu štete. Međutim, ako je kupac obećao prodavatelju - vlasniku zemljišta, da će respektirati prava superficijara, tada je raniji vlasnik mogao ustupiti tužbu superficijaru protiv novoga vlasnika (kupca)²⁷ radi zaštite svoga prava.

3.1. *Razvoj superficiesa do Justinijanove kodifikacije*

Sljedeći korak u korist superficijara učinio je pretor već u klasično doba, kada mu je protiv svakoga (trećeg) dao interdiktnu zaštitu (*interdictum de superficibus*) u slučaju smetanja ili oduzimanja posjeda. Postupno je pretor počeo davati superficijaru i petitornu zaštitu - *actio in rem*, koja je također djelovala prema trećima. Prvobitni obveznopravni odnos postupno se preobražava pod utjecajem specifičnog oblika pravne zaštite, tako da se u Justinijanovu pravu javlja kao stvarnopravni odnos, zaštićen tužbama *in rem*, analogno pravu vlasništva (*utilis reivindicatio*, *actio negatoria* i *actio confessoria*), a osniva se ugovorom o kupoprodaji ili na temelju izjave posljednje volje - *legatum per vindicationem*.²⁸

Sporno je, je li pretor počeo davati superficijaru petitornu zaštitu već u klasično doba ili tek u postklasično doba. Arangio-Ruiz,²⁹ koji odbacuje ovu mogućnost, navodi da se u frazi danoj interdiktnoj klauzuli “*si quia alia actio de*

1975., str. 144; D. Knežić-Popović: Počeci razvoja superficiesa, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XXIX, 1981., str. 248.

26 Pastori, op. cit., p. 72. - 73.

27 Arangio - Ruiz, op. cit., p. 250.

28 Marijan Horvat: Rimsko pravo, Zagreb, 1954., prvi svezak, str. 206.-207.; S. Di Marzo, Istituzioni di diritto romano, Giuffrè, Milano, 1938., 266-268.

29 Arangio-Ruiz, op. cit., p. 250.-251.

superficie postulabitur, causa cognita dabo” kao aluzija na *actio in rem* suglasno modelu reivindikacije, raspoznaje ili nazire justinijanska interpolacija. Naime, budući da je dao shemu interdikta, koji ne spada među akcije, pretor nije mogao reći “*alia actio*”, već je kasnije Justinijanovo pravo koncipiralo interdikte kao akcije. Uostalom, inkompatibilna je akcija *in rem* s akcijom *conducti* i *empti*. Napokon, pretorski edikt strogo razgraničava akcije od interdikata. Dok akcije prema ovoj sistematizaciji spadaju u *pars de iudiciis* (D. V. 2-VIII-5), interdikti su uvršteni u jedan dodatak (D., I. XLIII). Po njegovu shvaćanju, u klasičnoj epohi je samo iniciran preobražaj superficijarnog prava s prilagođivanjem kontraktualnih akcija i pružanjem posjedovne zaštite superficijaru.³⁰ Prepoznavanje superficijarnog prava kao stvarnog prava uslijedilo je u Justinijanovoj kodifikaciji, iako je možda proizašlo iz dijela postklasične jurisprudencije.³¹ Arangio-Ruiz navodi, da su u pravcu preobražaja superficijarnog prava od obveznog u stvarno pravo djelovala dva čimbenika. S jedne strane, zbog dugotrajnosti zakupnog odnosa postupno se gubila svijest o antitezi između ugovora kao izvora prava i obveze i konstitutivnog akta superficijarnog prava a, s druge pod utjecajem prava iz grčkih provincija, koje nije poznavalo rimsko načelo *superficies solo cedit*, došlo je do “kontaminacije” klasičnog prava barbarskim pravom (pravima). Ukoliko stari princip nije negiran, već je superficijarno pravo svrstano u kategoriju prava na tuđoj stvari, uslijedilo je još jedno kompromisno rješenje između staroga i novoga - između rimskoga (kviritskog) i orijentalnoga prava, karakteristično za Justinijanovu kodifikaciju.³²

Arangio-Ruiz ističe da su superficijaru po Justinijanovu pravu pripadala, i da su se protiv njega mogla koristiti, u granicama njegovih interesa i njegove odgovornosti, sva sredstva koja su inače pripadala vlasnicima ili su se protiv njih koristila glede zaštite susjedskih prava (konfesorne i negatorijske akcije, *aque pluviae arcenae, cautio damni infecti* itd.). U istim granicama dopuštalo se osnivanje prava stvarne služnosti na zgradi ili u korist vlasnika povlasne zgrade koja je pripadala superficijaru, kao objekt prava uživanja. Sve je to bilo nepoznato u klasičnom rimskom pravu, zaključuje ovaj autor.³³

30 Tako i naši romanisti: Horvat, op. cit., str. 207.; M. Boras – L. Margetić, Rimsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1998., str. 225. Boras i Margetić drže da “u postklasičnom pravu superficijar ima stvarno pravo slično vlasništvu ako je gradió uz odobrenje vlasnika zemljišta.”

31 Arangio-Ruiz, op. cit., p. 251. Pobjijajući ovu interpretaciju interdikta de superficie; D. Knežić-Popović op. cit., str. 256., zaključuje da stvarnopravna zaštita *superficies* ima klasično podrijetlo i da to potvrđuje i Paulus koji decidirano kaže: “...*quia hodie utiles actiones superficies dantur*” (D. 13.7, 16.2) te da je to novo stvarno pravo već u klasično doba “moglo da bude formirano” (str. 258.); Di Marzo, op. cit., pretpostavlja da je preobražaj *superficies* a u stvarno pravo vjerojatno započeo tek u postklasično doba.

32 Arangio-Ruiz, op. cit., p. 251.

33 Arangio-Ruiz, op. cit., p. 252.

3.2. *Priroda superficiesa*

Prema vladajućem shvaćanju *superficies*, na kraju njegova povijesnog razvoja, nije osobno pravo (*ius ad personam*) nego stvarno pravo na tuđoj stvari (*ius in re aliena*), koje se može otuđiti među živima i za slučaj smrti. Superficijar ima pravo založiti zgradu i opteretiti je služnostima. Njegova je dužnost plaćati solarium i snositi sve javne terete. *Superficies* se može steći i pravnim poslom i na originaran način, dosjelošću. Ovo pravo prestaje relativno, kada ga drugi stekne. Dakle, tradicijom i apsolutno: derelikcijom; propašću stvari; stavljanjem zgrade izvan prometa; konfuzijom; nastupanjem rezolutivnog uvjeta; istekom vremena i kada superficijar umre bez nasljednika.³⁴

Sporno je, međutim, i među današnjim romanistima, je li *superficies* samo stvarno pravo na tuđoj stvari ili je s njime bilo spojeno i superficijarno vlasništvo zgrade. Tako npr. Biondi smatra da je *superficies* zapravo superficijarno vlasništvo kada se njegovim osnivanjem odvoji postojeća zgrada ili (kad se na njemu izgradi zgrada), a ne samo ograničeno stvarno pravo na tuđoj stvari, koje egzistira sa zgradom ili bez zgrade (kad se ne izgradi ili postojeća zgrada sruši). Pugliese, koji odbacuje ovu tezu, smatra da je *superficies* samo stvarno pravo na tuđoj stvari, iako različito od drugih stvarnih prava uporabe tuđe stvari (zemljišta). Branca ide srednjim putem. Budući da odbacuje i jednu i drugu tezu, kao ekstremne, ovaj autor zaključuje da *superficies* nije u formalnom smislu davao njegovom nositelju pravo vlasništva na zgradu, ali da je izražavao takvu tendenciju pravnog poretka, tj. da je ovaj pravni institut težio pravu vlasništva. Maschi, pak, ističe da je *superficies* prema Justinianovoj dogmatici, kako proizlazi iz pojedinačnih odluka, oblik prava vlasništva zgrade, ali da ta činjenica (pojava) nema pragmatičke potvrde zakonodavca u tom pravcu.³⁵ Govoreći suvremenim jezikom, prema sudskoj praksi zgrada je bila samostalni objekt prava (vlasništva ili drugog samostalnog stvarnog prava) pravno odvojen od zemljišta *superficiesom*, iako za ovo nije postojao oslonac u pravnim normama, tj. u objektivnom pravu.

Izloživši kritici suprotstavljena mišljenja, Pastori zaključuje da je, sa stajališta pozitivnog prava (Justinianovog), *superficies ius in re aliena* i da je superficijarno vlasništvo samo idejna smjernica sustava koja je, doduše, rukovodila kodifikatora, ali koja nije nikada dobila svoj pozitivnopravni izraz.³⁶ Bonfante definira *superficies* u Justinianovom pravu kao otuđivo i nasljedivo stvarno pravo potpunog uživanja zgrade ili dijela zgrade sa ili bez obveze plaćanja solariuma.³⁷ Obveza plaćanja solariuma nije bitan sastojak rimskoga *superficies*a u završnoj etapi njegovoga razvoja (evolucije) iz Justinijanove kodifikacije.

U Justinianovom pravu formalno je ostalo neokrnjeno načelo *superficies solo cedit* kao izraz građanskopravne koncepcije pravno neograničenoga vlasništva

34 A. Egersdorfer, *Predavanja o institucijama rimskog prava*, sv. 1., Zagreb, 1919., str. 154.

35 Vidi: Pastori, op. cit., p. 204. gdje su izložena ova gledišta.

36 Pastori, op. cit., p. 220.; tako i Pacifici-Mazzoni, op. cit., p. 279.

37 P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, 10 ed., Giuffrè, Milano, 1987., str. 287.-288.

koje se proteže “do neba” i „do pakla“ (*cuius est solum eius est usque ad coelum et ad inferos.*) Inače, *coelum liberum esse debet*, dakle dobro čovječanstva, govoreći suvremenim pravnim jezikom. Ali je to načelo faktički ograničeno u korist superficijara. Sukob između civilnopravnog i pretorskog vlasničkog režima na neki način se osjeća i u Justinijanovoj kodifikaciji, pod utjecajem feudalne ustanove kolektivnog podijeljenog vlasništva više ovlaštenika. Ovo pravno stanje ovjekovječuje *Glossa ordinaria* (oko 1250. g.). Kasnija romanistička znanost, koja je odbacila ovu pravnu koncepciju, orijentirala se na izvorne tekstove koji su prethodili superficijarnom pravu i uočila da ono potječe iz sudske prakse ili pravnih običaja koji su imali dugu tradiciju kod orijentalnih i germanskih naroda (barbarsko pravo).³⁸

4. SUPERFICIES U OPĆEM (PANDEKTNOM) PRAVU³⁹

Nakon potiskivanja Vizigota, 554. godine nove ere, Justinijanova kodifikacija protegnuta je na cijelu Italiju, ali od kad su Longobardi zauzeli sjevernu Italiju (568. godine) primjenjivala se, i to bez Digesta, samo na jugu Apeninskog poluotoka. Primjena Digesta, odnosno Pandekta u Italiji povezana je s djelovanjem škole glosatora (u 12. i 13. stoljeću), a zapravo je ova primjena tekla usporedo s oživljavanjem robno–novčane razmjene (tržišta) na tom području.⁴⁰ Ali i langobardsko pravo poznaje načelo *superficies solo cedit*⁴¹, iako po tom pravu pod određenim pretpostavkama graditelj stječe pravo vlasništva građenjem na tuđem zemljištu (inverzija načela *superficies solo cedit*).⁴² Ovo je bilo karakteristično za barbarska prava koja su bila pod utjecajem koncepcije prava na rezultate rada,

38 Pastori, op. cit., p. 17.

39 Prema Predavanjima dr. A. Egersdorfera o pandektama, Opći dio i stvarna prava, Zagreb, 1928.

40 Horvat, str. 79. – 80.; A. Romac, Rimsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1988., str. 83.; šire o tome: M. Roberti, Storia del diritto italiano, CETIM, Milano, 1946., u kojoj se razmatraju tri razdoblja: prvo, od pada Zapadnog Rimskog Carstva do 1100. g. u kome se vidi jak utjecaj germanskoga i drugih barbarskih prava (početak toga utjecaja zapaža se već u 1. stoljeću pr. Kr.), iako rimsko privatno pravo ne iščezava u običajnom pravu; u drugom razdoblju (epoca neolatina: 1100.-1790.), povratak na izvore rimskoga prava izvršili su glosatori iza kojih slijede komentatori (postglosatori) koji prenose rimsko pravo (pandekta) u srednju i zapadnu Europu, nakon čega slijedi doba nacionalnih država (16. st. do Francuske revolucije) i izvjesne promjene u pandektnom pravu karakteristične za opće pravo (*diritto commune*); nakon 1792. godine nastupa epoha građanske države, građanskih kodifikacija pod jakim utjecajem rimskog prava, što se osobito izražava u francuskom Code civilu. O povijesti prava na području Italije od pada Zapadnog Rimskog Carstva do modernog doba u svjetlu općih razmatranja, vidjeti: E. Besta, *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, CEDAM Padova, 1926.

41 L. Margetić: Antika i srednji vijek, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1995., str. 177.

42 Massimo Basile, Osservazioni in tema di rapporti fra accessione e comunione, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Dicembre 1968, str. 1311.

dakle, suprotno načelu iure accessionis koje je davalo prednost prava vlasništva na zemljište (*iure accessionis*) u odnosu na princip škole prirodnog prava po kome rezultat rada pripada njegovom tvorcu,⁴³ a zapravo poduzetniku, tj. vlasniku kapitala kojim je u procesu proizvodnje iznajmljena tuđa radna snaga.

Glosatori i komentatori (postglosatori) su putem svojih učenika širili primjenu Pandekta na šire područje, izvan granica Italije u zapadnu i srednju Europu usporedno s razvojem trgovine.⁴⁴ Smatra se da je proces recepcije rimskoga prava uglavnom izvršen u 15. i 16. stoljeću “u mnogim državama srednje Europe”⁴⁵, pri čemu je “povoljno djelovala i politička tendencija obnove ‘Svetog rimskog carstva njemačke narodnosti’”⁴⁶ koje se formalno raspalo tek 6. kolovoza 1806. godine, uslijed širokog i dubokog Napoleonovog prodora u srednju Europu i sjevernu Italiju.

U Pruskoj je opće (pandektno) pravo bilo derogirano pruskim Općim zemaljskim pravom (Landrecht), godine 1794.,⁴⁷ ali je na preostalim područjima srednje Europe produžilo svoj život u sudskoj praksi do derogiranja suvremenim građanskim zakonima (u Austriji stupanjem na snagu OGZ-a).⁴⁸

Opće (pandektno) pravo⁴⁹, međutim, primjenjivalo se supsidijarno jer su primat imale lokalne pravne ustanove,⁵⁰ pa tako i specifične pravne ustanove ekvivalentne rimskom *superficiesu* kao što se vidi iz njihova kratkoga prikaza u pojedinim njemačkim zemljama (infra).

S druge strane, akademik L. Margetić navodi da su “nasadi i građevine na tuđem zemljištu predstavljali realan (su) problem ... koji nije bilo lako riješiti s obzirom na srednjevjekovno shvaćanje da plodovi nečijeg rada pripadaju njemu, a ne vlasniku zemlje...” što je bilo u opreci s klasičnim načelom *superficies solo cedit*.⁵¹ Stoga se npr. u francuskom običajnom pravu *superficies* pretvarao u pravo vlasništva pod utjecajem Francuske revolucije.^{52,53} Načelo *superficies solo cedit* i formalno je derogirano u pojedinim gradskim statutima, kao npr. u Statutu grada Ancone u Italiji, koji je propisivao upravo suprotno načelo: *solum cedit superficiei*.⁵⁴

43 Šire o tome, Barca/Marvasi, *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004., str. 18-26.

44 Horvat, op. cit., Romac, op. cit., str. 83., Margetić, op. cit., str. 213.

45 Horvat, op. cit., str. 79., Margetić, op. cit., str. 213.

46 Horvat, op. cit., str. 80.; Romac, op. cit., str. 79.

47 Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten (1. lipnja 1794.).

48 Carski Patent od 1. lipnja 1811. o uvođenju u život ABGB-a (OGZ) kaže: “Prestaje imati moć pravo općeno do sada primljeno.”

49 Opće (pandektno) pravo od polovine 17. stoljeća naziva se *Usus modernus Pandectarum* (Horvat, op. cit., str. 81.) poglavito u njemačkoj jurisprudenciji (Margetić, L., *Rimsko pravo kao europski fenomen i hrvatska pravna povijest, Facultas iuriprudentiae Universitatis Fluminiensis, Lectio annalis, MCMLXXXVII.*, str. 15.).

50 Egersdorfer, op. cit., str. 1.

51 Lujko Margetić, *Srednjevjekovno hrvatsko pravo – stvarna prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Pravni fakultet u Rijeci i RO Zrinski, Čakovec, 1983., str. 81.

52 Gabriele Marty, Pierre Raynaud, *Droit civil*, Sirey, Paris, 1965., drugi dio, str. 193.

53 Barca/Marvasi *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004. str. 30-33.

54 Mario Zaccagnini, *L'enfiteusi – La superficie – Gli oneri reali – Gli usi civici*, Piacenza, 1970., str. 184.

Sve to se mora promatrati kao proces udaljavanja od klasičnog rimskog prava koji je započeo u postklasičnoj epohi i koji nije mogla zaustaviti ni Justinijanova kodifikacija.⁵⁵

Superficies u općem (pandektnom) pravu jest pravo imati trajnu zgradu na tuđem zemljištu uz obvezu plaćanja podnine (zemljarine), ali obveza plaćanja zemljarine nije nužna, jer je moguć *superficies* i bez nje. Superficijar ima pravo izgraditi zgradu na tuđem zemljištu, ali se *superficies* može osnovati i kad već postoji zgrada, pa i na jednom katu i na podrumu, a može se osnovati i za nasade, stabla na tuđem zemljištu. Pravo odvajanja zemljišta i stabala bilo je prošireno i u običajnom pravu, pa i u pojedinim istočnoeuropskim socijalističkim građanskim zakonima.⁵⁶ *Superficies* se osnivao pravnim poslom, tradicijom ili zapisom, a mogao se steći i dosjelošću. Superficijar je imao posesornu i petitornu zaštitu. Superficijarno pravo moglo se otuđiti, naslijediti i opteretiti, ali obveza plaćanja podnine (solarium,

55 Šire: Barca Margetić, *Rimsko pravo kao europski fenomen...*, str. 4-16.

56 Takva mogućnost postojala je po ranijim pravnim običajima, vidi npr. M. Filipović, *Svojina voćaka po narodnim pravnim običajima*, Istorijski pravni zbornik Pravnog fakulteta u Sarajevu, sv. 2., 1949. Zanimljivo je da je pravo vlasništva na stablima bilo uređeno već bizantijskim Zemljoradničkim zakonom iz osmoga stoljeća (L. Margetić, *Antika i srednji vijek*, "Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti", Zagreb, 1995., str. 151.). Takav dualitet poznavao je i talijanski Građanski zakonik (Codice civile) iz 1865. godine (članak 448.); vidi: Pacifici - Mazzoni, *Instituzioni di diritto civile*, quinta ed., vol. III., parte 1^a, UTET, Torino, 1927., str. 296. i 297. Sadašnji CC (iz 1942.) propisuje zabranu odvajanja stabala od zemljišta (čl. 556.). Vidi Barca/Marvasi, str. 523.-537.; *Relazione al re sul libro della proprietà*, numero 99 citirano iz Barca/Marvasi, str. 525; Guarneri, *Superficie*, *Rivista diritto civile*, 1986, II., str. 148.-149. Francuski Code civil i danas dopušta na temelju pravnog posla pravno razdvajanje kako zemljišta i zgrada, tako i stabala (čl. 555.). Zanimljivo je da ustanova superficijarnog prava japanskoga prava omogućava pravno razdvajanje drveća i bambusa od zemljišta (čl. 265. Građanskog zakonika). Pravo vlasništva na maslinama bilo je poznato i u Dalmaciji. Zakon o zemljišnim knjigama iz 1930. godine (§§ 75.-77.) poštuje zatečeno pravno stanje, ali isključuje mogućnost osnivanja takvih odnosa za budućnost. O tome M. Košutić, Tumač k Zakonu o zemljišnim knjigama te Zakonu o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, Zagreb, 1930., str. 65., 66., 70. i sljedeće, te 361. i 363. U osnovi isto rješenje imao je i Gruntovnički zakon za Bosnu i Hercegovinu od 13. rujna 1884. godine koji je, također, priznavao zatečeni pravni dualitet nekretnina, ali nije dopuštao da se ubuduće osniva. Zgrade, voćke i nasadi, naime, na mirijskim nekretninama kao samostalni objekti (mulk objekti) evidentirani su odvojeno od zemljišta (§ 6.) jer su po zakonima od sedmog ramazana 1274. te od sedamnaestog Muharema 1284. i od sedmog Muharema 1293. bili samostalni mulk-objekti na vakufskom kao i na državnom zemljištu (erazi-mirije). Svojevremeno je naša sudska praksa izrazila pravno gledište po kome se "danas" ne osjeća potreba za pravnim razdvajanjem zemljišta i stabala, pogotovo je to bilo isključeno na zemljištu u društvenom vlasništvu. Tako i Vrhovni sud Jugoslavije Rev. 95/68. od 25. svibnja 1968., ZSO XIII.-2, 260. S prelaskom zemljišta u društveno vlasništvo bili su ukinuti svi takvi odnosi (čl. 39. st. 1. Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta). Zanimljivo je da je mađarsko i njemačko pravo (DDR), dopuštalo autonomno vlasništvo na drveću koje raste na zemljištu u državnom, odnosno narodnom (socijalističkom) vlasništvu (§ 151. st. 2. mađarskoga Građanskog zakonika iz 1959. i §§ 288. st. 4. i 292. st. 3. Civilnog zakonika Njemačke Demokratske Republike iz 1975.). Nositelj prava korištenja na građevinskom zemljištu po tim zakonima mogao je, dakle, imati pravo vlasništva na stablima.

zemljarina), ako postoji, prelazi na sljednika (poput stvarnoga tereta). Napokon, *superficies* prestaje istekom roka, derelikcijom, zastarom, a mogao je prestati i po zahtjevu vlasnika zemljišta, kada bi nastao raskidni razlog (npr. ako superficijar kroz duže vrijeme ne plaća podninu).

Primjena *superficies*a iz općeg prava na područjima današnje Republike Hrvatske i Bosne i Hercegovine bila je svakako ograničena domaćim pravnim ustanovama koje su imale različite pravne izvore. Ova tema, međutim, nije tema ovoga rada.⁵⁷

Prema tomu, *superficies* je u općem (pandektnom) pravu, zadržavajući bit stvarnog prava na tuđoj stvari, dobio univerzalniju primjenu kroz nove forme pod utjecajem feudalne ustanove podijeljenog vlasništva. Tako po pandektnom pravu za *superficies* nije esencijalno plaćanje naknade za korištenje zemljišta – *solarium*.⁵⁸ Za razliku od rimskog prava, superficijarno pravo, odnosno superficijarno vlasništvo, može se osnovati i na postojećoj zgradi ili samo na jednom katu kao pravo nadogradnje, pa i na podrumu (vlasništvo na posebnom dijelu zgrade) te na nasadima i stablima na tuđem zemljištu.

Superficies se uklapa u strukturu ustanove feudalnog vlasništva, ali ne kao pravo na tuđoj stvari, nego kao koristovno vlasništvo, tj. kao oblik kolektivnog feudalnog vlasništva.⁵⁹ U pravnom sustavu feudalnog društva vrhovni vlasnik (*dominus directus*) ima golo pravo vlasništva (*nuda proprietas*), ali ima relativno svako pravo raspolaganja dok senjor ima koristovno vlasništvo (*dominium utilis*) s ograničenim pravom raspolaganja, tako da i on može prenijeti koristovno vlasništvo na drugu osobu i u odnosu na nju, zadržati golo pravo vlasništva uživanja i tako redom sve do kmeta, odnosno kmetskog selišta (*sessio colonialis*). Ova se hijerarhija niže zavisno od konkretnih povijesnih okolnosti, ali je i u zapadnoj i u centralnoj Europi svugdje u načelu zastupljena, a tako mora i biti u sustavu feudalnog podijeljenog vlasništva, kada više nema zemlje bez gospodara (*nulle terre sans seigneur*).

Superficies, po vladajućem shvaćanju ograničeno stvarno pravo na tuđoj stvari u rimskom civilnopravnom sustavu individualnog vlasništva koje se u praksi približilo privatnom pravu vlasništva, moglo se transformirati u koristovno vlasništvo u pravnoj strukturi feudalnoga stvarnog prava. Kako tu odliku nemaju osobne služnosti: pravo plodouživanja, pravo uporabe i pravo stanovanja (*ius habitatio*) one se prirodno nisu mogle preobraziti u koristovno vlasništvo. Ali, budući da je superficijarno pravo nastalo kao teret individualnog prava vlasništva na zemljištu, po ukidanju ustanove feudalnog podijeljenog vlasništva u sustavu unitarnog privatnog

57 O širem utjecaju rimskog prava na hrvatsku pravnu povijest, Margetić, *Rimsko pravo kao europski fenomen...*, je izričit: “U Hrvatsko–ugarskoj zajednici rimsko pravo nije bilo recipirano”, str. 16.

58 Po klasičnom rimskom pravu superficijar ima pravo uživanja zgrade podignute na tuđem zemljištu, ali samo pod pretpostavkom da plaća određenu naknadu. ... *qui in alieno solo superficiem ita habeat, ut certam pensionem praestet* (Paulus ... D 6,1,74); Bonfante, op. cit., str. 288.

59 Vuković, M., *Razvitak prava građenja*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1947., br. 4., str. 523.

prava vlasništva, ono dobiva svoj prvobitni lik – ograničeno stvarno pravo na tuđoj stvari. Ipak se preobraženi *superficies* razlikuje od općeg tipa koristovnog vlasništva po tome što se zemljište koje je objekt tog prava može koristiti samo u određenom pravcu - za izgradnju građevinskog objekta predviđenog u konstitutivnom aktu kojim se osniva to pravo. To znači da je objekt transformiranog superficijarnog prava u sustavu feudalnog podijeljenog vlasništva, u pravilu, samo površina zemljišta, a ne i donji sloj, koji se, s obzirom na tadašnju tehničku zaostalost, nije ni mogao koristiti za podizanje značajnih podzemnih građevina, ali se ni iz tog površinskog sloja nisu mogle izvlačiti rude itd., jer je superficijarno pravo strogo ograničeno - namjensko “koristovno vlasništvo”. Kasnije se oblikovalo, tzv. podrumsko pravo, tj. pravo imati vlastitu zgradu (dio zgrade) ispod površine tuđeg zemljišta.

5. TALIJANSKO SUPERFICIJARNO PRAVO 1865.-1942.

(Pravno razdvajanje zemljišta i zgrade pisanom pravnim poslom)

Sadašnja talijanska pravna ustanova superficijarnog prava pravno je uvedena tek Građanskim zakonikom od 20. ožujka 1942. Stari talijanski Građanski zakonik iz 1865. po uzoru na francuski Code civil iz 1804. (čl. 553.) i građanske zakonike donesene po uzoru na Code civil u pojedinim talijanskim državama prije ujedinjenja Italije (1860.) dopuštao je pravno razdvajanje zemljišta i trajnog građevinskog objekta na površini ili ispod površine zemljišta na temelju pisanog ugovora. Nevlasnik zemljišta mogao je dokazivati da mu pripada pravo vlasništva na zgradu koja je podignuta na tuđem zemljištu – samo na temelju pisanog ugovora (čl. 448) ili drugog pravnog posla (jednostranog ili višestranog pisanog očitovanja volje). Zakonsko pravilo prema komu je zgrada priraštaj zemljišta imalo je, dakle dispozitivan karakter, pa se zbog toga i svodilo na oborivu predmnjevu. Prema tomu, po tom zakoniku bilo je moguće imati vlastitu zgradu na tuđem zemljištu, a isto tako i otuđiti postojeću zgradu bez zemljišta te zadržati pravo vlasništva na zemljište. Predmnjeva da je vlasnik podigao zgradu mogla se obarati bilo kojim zakonom dopuštenim dokaznim sredstvom, a predmnjeva da zgrada pripada vlasniku zemljišta, mogla se osporiti samo pozivanjem na pisani pravni posao. Pisanim pravnim poslom, naime mogle su se dokazivati dvije činjenice: prvo, da je vlasnik zemljišta drugoj osobi otuđio zgradu, a zadržao pravo vlasništva na zemljištu; drugo, da je vlasnik zemljišta dopustio drugoj osobi da na njegovom zemljištu podigne vlastitu zgradu.⁶⁰ Dvojbeno je, međutim, da se u talijanskom pravu pisanim pravnim poslom moglo konstituirati pravo koje razdvaja zemljište i trajnu zgradu.⁶¹

60 Vidi Rassegna di giurisprudenza sul Codice civile, diretta di Rosario Nicolo – Mario Stella Richter, Libro terzo, Tomo I (art. 810-997) a cura di Gabriele Pescatore e Antonio di Filippo, Giuffrè, Milano, 1968., p. 448; Pescatore – Albano – Greco, Commentario del Codice civile, Libro III, Tomo primo, Torino, 1958., p. 446.

61 Barca, A., Marvasi, C., La superficie, Giuffrè, Milano, 2004., p. 35-137.

Pravilo koje je usvojio Građanski zakonik iz 1865., po mišljenju Salisa,⁶² nije bilo toliko posljedica stoljetne tradicije koliko rješenje za zadovoljavanje praktičnih, tj. društvenih potreba pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade i horizontalne podjele zgrade po katovima (etažno vlasništvo). Utjecaj tih potreba bio je toliko snažan da se u praksi osjećao sve više nedostatak pravnog uređenja tih pravnih odnosa.⁶³

6. PRAVNA PRIRODA SADAŠNJEG SUPERFICIJARNOG PRAVA

Premda sadašnji Građanski zakonik (od 20. ožujka 1942.), za razliku od austrijskoga i njemačkoga prava,⁶⁴ ne deklarira pravnu prirodu superficijarnog prava u pravnoj znanosti vlada opće mišljenje da je to pravo (*diritto di superficie*) stvarno pravo na tuđem zemljištu. Pri tomu se ističu njegove bitne karakteristike: neposrednost, apsolutnost, djelovanje prema svima (*contra omnes*) kao i to što se, prema izričitoj zakonskoj odredbi može hipotekarno založiti i što prestaje po zahtjevu vlasnika njime opterećenog zemljišta kada se u Zakonom navedenom vremenu ne vrši, (čl. 2810. t. 3. i čl. 954. st. 4.) jednako kao i pravo služnosti.⁶⁵ Stvarnopravna priroda superficijarnog prava naglašena je i u referatu koji je uz prijedlog za donošenje Građanskog zakonika bio podnesen Kralju,⁶⁶ a nije sporna ni u pravnoj znanosti.⁶⁷

Prema sadašnjem talijanskom Građanskom zakoniku pravila koja uređuju superficijarna prava i prava podizanja zgrada na površini tuđeg zemljišta (čl. 952.-954.) primjenjuju se i na pravo izgradnje zgrade ispod površine tuđeg zemljišta (čl. 955.).⁶⁸

Razlika između superficijarnog prava i prava građenja nije samo u tomu što ustanova superficijarnog prava ostavlja vrlo široku slobodu ugovaranja, nego i u tomu što po njemačkom i austrijskom pravu zgrada prirasta pravu građenja, kao da je ono zemljište. Po talijanskom pravu, zgrada je, naprotiv, potpuno samostalna nekretnina, jer superficijarno pravo koje neutralizira atrakcijsku pravnu snagu

62 Salis, *La superficie*, str. 11.

63 RDL 15. gennaio 1934., N° 56. Legge 10. gennaio 1935., N° 8.

64 U austrijskom pravu je pravo građenja po zakonskoj definiciji pravo na tuđem zemljištu (paragraf 1. st. 1. Zakona). U Njemačkoj se propisi o pravu vlasništva na zemljištu, osim citiranih izuzetaka, analogno primjenjuju na nasljedno pravo građenja (paragraf 11. st. 1. Uredbe). Ni u pravnoj znanosti tih zemalja ne dovodi se u pitanje da je pravo građenja po svojoj pravnoj prirodi stvarno pravo na tuđem zemljištu: Armin Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Wien, 1923., str. 411; Robert Mayr, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes*, Erster band, Reihenbung, 1923., str. 427.; Ring, *op. cit.*, str. 870.; Fritz Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München und Berlin, 1963., str. 246.

65 Salis, *op. cit.*, str. 5. i dalje; Pugliese, *Della superficie in Commentario del Codice civile*, Libro terzo, Quarta ed., Zanichelli, Bologna – Soc. ed del' Foro italiano, Roma, 1976., str. 567.-570; Zaccagnini, *op. cit.*, str. 193.; Messineo, *op. cit.*, str. 538.

66 Zaccagnini, *op. cit.*, str. 194.

67 *Op. cit.*, str. 88.-92. i 239.-273.

68 Pravo izgradnje i podizanja zgrada ispod površine tuđeg zemljišta uređuje zakon od 24. ožujka 1989., br. 122 (tzv. Legge Taglioli).

zemljišta, za razliku od prava građenja, «ne dolazi na mjesto zemljišta» kao pravo građenja (Baurecht) u austrijskom pravu koje slijede hrvatski ZV (čl. 280.) i ZSP RS (čl. 286.). Upravo ta odlika superficijarnog prava izaziva raspravu u talijanskoj pravnoj znanosti u pogledu njegovoga zakonskog sadržaja i specifične pravne prirode pa čak i o tomu postoji li pored superficijarnog prava i neko drugo pravo koje može jednako razdvojiti zemljište i zgradu.⁶⁹ O pravnoj prirodi superficijarnog prava u talijanskoj pravnoj znanosti raspravlja se i u vezi s pravnom prirodom prava koje pravno razdvaja horizontalne dijelove zgrade, odnosno posebne dijelove zgrade u suvlasništvu.⁷⁰

7. FRANCUSKO SUPERFICIJARNO PRAVO

Iako francuski Code civil nije uredio ustanovu superficijarnog prava, kao stvarno pravo na tuđem zemljištu, niti je ono u Francuskoj uređeno posebnim zakonom, postoji mogućnost pravnog razdvajanja, postojeće i buduće zgrade od zemljišta na temelju pisanog pravnoga posla (čl. 553.).

a) Pravno razdvajanje postojeće zgrade i zemljišta

Pravno razdvajanje postojeće zgrade i zemljišta izričito je dopustio Code civil na temelju pisanog ugovora (pravnog posla). Na temelju pisanog pravnog posla mogu se, po francuskom pravu, pravno odvojiti od zemljišta postojeće zgrade pa čak i stabla kao i drugo raslinje (čl. 553. CC-a).⁷¹

b) Pravno razdvajanje buduće zgrade od zemljišta

S obzirom na to da je Code civil dopustio pravno razdvajanje zemljišta i postojeće zgrade, načelno nije postojala pravna prepreka za uređenje pravnog razdvajanja buduće zgrade i zemljišta na temelju pravnog posla. Može se, dakle, nevlasknik zemljišta (investitor) ovlastiti da izgradi zgradu na tuđem zemljištu, uz pisanu suglasnost vlasnika zemljišta.⁷² Ove pravne odnose od 1964. godine uređuje posebna zakonska ustanova *bail à construction*.⁷³ Ugovor o zakupu zemljišta radi

69 Sve o tome sporu čiji su protagonisti "vječiti" oponenti, Salis i Pugliese, u: Simonetti, P., *Pravo građenja*, Sarajevo-Beograd (1986.), str. 62.-65.

70 Barca/Marvasi, op. cit. str. 131.-354.; Simonetti, P., *Pravna priroda etažnog vlasništva u komparativnom pravu*, ZPFR, god. 15., Rijeka, 1994.

71 "Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment." (čl. 553.).

72 Baudry -Lacantinerie, Wahl, A., *Trattato teoretico-pratico, Diritto civile, Dei beni*, volume unico, Valardi, Milano, 1931., str. 245-249. (diritto di superficie) – prevedeno s francuskoga na talijanski god. 1931.

73 Ova pravna ustanova uređena je naime Zakonom od 16. prosinca 1964., l 64-1247 (D.1965, 17), dopunjena Dekretom br. 64-1323 od 24. prosinca 1964. (D.1965, 38 – Rect 88) i zatim modificirana Zakonom br. 17. od 3. siječnja 1979. (D.1979, 55) i br. 440 od 2. lipnja 1983. (D.1883, 269 – Rect 376). Vidi Code de la construction et l'habitation (čl. L.251-1. do 251-9.).

izgradnje i držanja vlastite zgrade na tuđem zemljištu traje do isteka roka određenog ugovorom koji po zakonu nije kraći od 18 ni dulji od 99 godina, odnosno ako nije što drugo ugovoreno. Njime se zakupnik obvezuje izgraditi i održavati zgradu u dobrom stanju i plaćati određenu zakupninu zakupodavcu od završetka izgradnje zgrade. Prema toj ustanovi zakupac može hipotekarno opteretiti zgradu, kao samostalnu nekretninu, za trajanja zakupnog odnosa. Godine 1990., u francuski pravni sustav uvedena je ustanova *bail a rehabilitation*.⁷⁴ Zakupac se obvezuje rekonstruirati i poboljšati stan za vrijeme ugovora o najmu koji ne može biti kraći od 12 godina. U tom slučaju zakupnik stječe svojevrsno stvarno pravo na stanu koji može hipotekarno opteretiti.⁷⁵

c) Pravno razdvajanje raslinja i stabala od zemljišta

Code civil omogućava pravno razdvajanje raslinja i stabala od zemljišta na temelju pravnog posla (čl. 553.). Zakon ne dopušta sklapanje takvog pravnog posla radi sađenja vlastitoga drveća (stabala) na tuđem zemljištu. Pandan pravnom razdvajanju raslinja i stabala od zemljišta su ugovori različitog trajanja: *bail emphyteotique* i ugovori o zakupu vinograda s pravom vlasništva pod raskidnim uvjetom.⁷⁶

d) Superficijarno vlasništvo na zgrade, stabla i drugo raslinje

Tako se u Francuskoj oblikovalo specifično stvarno pravo na površini zemljišta, a njegov nositelj ima pravo vlasništva na zgradu, raslinje i stabla koji su odvojeni od zemljišta.⁷⁷ To se pravo naziva superficijarno vlasništvo zgrade, superficijarno vlasništvo stabla, superficijarno pravo, npr. vinove loze, egzotičnog i ukrasnog drveća itd.

74 Taj je ugovor uveden u pravni sustav Zakonom br. 449 od 31. svibnja 1990. Vidi Code de la construction et de l'habitation (čl. 252.-1. i dalje). Obavještenje o toj ustanovi kod: Lamy, Droit immobilier, Paris, 1995., str. 66. i dalje (redakcija Bergel i drugi).

75 Saint-Alary, Bail à construction, u Répertoire de droit civil, Paris, 1988.

76 Ove odnose uređuje Zakon br. 1253 od 30. prosinca 1967.

77 O pravnoj prirodi superficijarnog vlasništva na zgradama i stablima u francuskom pravu, Mazeaud, H. L. i Chabas J., Lecons de droit civil, II, 2, 8^o ed, Paris, 1994., str. 5.-6., 122.-124., 326.-327. i 414.-418. "Mais il n'y a pas là un droit réel particulier: il s'agit seulement de la division d'une chose entre deux propriétaires: c'est un droit de propriété qu'exerce la superficiaire sur les constructions et plantations." Citirano prema: Guarneri, A., Superficie, Rivista di diritto civile, br. 4/96. U Mégacode, Code civil, izd. Dalloz, Pariz, 1997-98 se to pravo naziva "pravo na površinu" zemljišta. To je pravo titulara da uživa i raspolaže stvarima koje su trajno fizički vezane za zemljište, stvarno pravo odvojeno od prava vlasništva na tlo, po prirodi trajno, osim iznimaka koje ovise o obliku i načinu konstituiranja toga prava kao što su zakup ili koncesija. Fort-de-France, 18. mai, 1984: Juris-Data, br. 044495.

8. POVIJESNE PRAVNE USTANOVE GRAĐENJA NA TUĐEM ZEMLJIŠTU U NJEMAČKOM PRAVU

Legalno građenje na tuđem zemljištu prije uređenja ustanove suvremenoga nasljednog prava građenja (*Erbbaurecht*), Građanskim zakonikom koji je stupio na snagu 1.1.1900., a reformirana Uredbom o nasljednom pravu građenja sa zakonskom snagom (15.1.1919.), pravo imati zgradu na tuđem zemljištu u pojedinim pokrajinama ujedinjene Njemačke imalo je različite oblike (pravne ustanove), često samo lokalnog značaja.⁷⁸ Tako je u nekim njemačkim pokrajinama (prije ujedinjenja Njemačke) postojao specifičan nasljedni zakup. Nasljednik zakupnik imao je “puno pravo vlasništva građevina”.⁷⁹ U Pruskoj je postojalo, tzv. rentno pravo. Bilo je dosta prošireno i „ulmersko“, pravo korištenja tuđeg zemljišta s pravom nazadkupnje. Najrasprostranjenija je bila, međutim, pravna ustanova “posuđivanja” građevinskog zemljišta. “Posuđivanje” građevinskog zemljišta, najčešće bez roka i nasljedno, stariji pravници, pod utjecajem feudalne ustanove podijeljenog vlasništva, shvaćali su kao *dominium utilis*. Zato se u vrijeme ukidanja te feudalne pravne ustanove dopuštalo otkupljivanje prava vlasništva na zemljištu u korist osoba kojima je zemljište bilo “posuđeno” kao da su utilitarni vlasnici po feudalnoj ustanovi podjeljenog vlasništva. Ponekad se ovo pravo i bez otkupa preobražavalo u pravo vlasništva. Prvi je bio poznati njemački pandektista Savigny, koji je objasnio da se ovdje ne radi o podvrsti prava vlasništva, ili posebnom obliku feudalnog vlasništva, već o ograničenom stvarnom pravu na tuđem zemljištu, koje razdvaja zemljište i zgradu kao dvije potpuno samostalne nekretnine.⁸⁰ Recipiranjem rimskoga prava⁸¹ spojene su ove njemačke pravne ustanove korištenja građevinskog zemljišta s rimskim *superficiesom* u liku superficijarnog, podrumskog prava itd.⁸²

Prema navodima njemačkih pravnih autora pravna ustanova *superficies* dosta se rijetko primjenjivala u devetnaestom stoljeću u Njemačkoj, pa je to, po njima, bio jedan od razloga što je njemački Građanski zakonik od 1896. (stupio na snagu 1. siječnja 1900.) previše općenito normirao nasljedno pravo građenja (*Erbbaurecht*), u samo šest paragrafa (1012.-1017.), koji su zamijenili pandektni *superficies* i druge ustanove građenja i držanja vlastite zgrade na tuđem zemljištu. Ovo je pravo u Njemačkoj detaljno normirano tek Uredbom o nasljednom pravu građenja (sa zakonskom snagom) koja je donesena 15. siječnja 1919. godine (*Erbbaurechtordnung*).⁸³

78 Margetić, op. cit., str. 220.

79 Margetić, op. cit., str. 220.

80 Savigny se zalagao za recepciju “čistog rimskog prava”, (Margetić, Rimsko pravo kao europski fenomen..., str. 15.).

81 U drugoj polovini XIX. st. dolazi do recipiranja “čistog rimskog prava” (vidi: Margetić, Rimsko pravo kao europski fenomen..., str. 15.-16.).

82 Josef Ring im Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III Band, Auflage, 1956., str. 865.-867. (Erbbaurecht), gdje je izloženo mišljenje Savignya.

83 Ring, im Staudingers Kommentar zum BGB, Teil III, Berlin und München, str. 867.

Građanski zakonik, koji je jedinstveno uredio nasljedno pravo građenja za cijelu Njemačku, odredio je da se tuđe zemljište može opteretiti pravom koje ovlašćuje nositelja nasljednog prava građenja na površini ili ispod površine zemljišta izgraditi i imati vlastitu zgradu i da se to pravo može otuđiti i naslijediti (§ 1012.). Nasljedno pravo građenja može se protegnuti i na dio zemljišta koji nije nužan za zgradu, ako se time postiže neka prednost radi boljšega korištenja zgrade (§ 1013.). Isključeno je, međutim, osnivanje nasljednog prava građenja na dijelu zgrade, posebno na katu (§ 1014.), jer je horizontalna podjela zgrade bila inkompatibilna s tadašnjim unitarističkim načelom pravnog jedinstva zemljišta i zgrada koje je derogirano tek Zakonom o vlasništvu na stanovima - *Wohnungseigentumsgesetz* (1953. godine). Pretpostavka za konstituiranje nasljednog prava građenja suglasna je izjava vlasnika zemljišta i stjecatelja prava građenja. Traži se da pri davanju ove izjave pred tijelom koje vodi zemljišne knjige prisustvuju obje stranke (§ 1015.). Posebno se ističe da se nasljedno pravo građenja ne gasi uslijed propasti zgrade (§ 1016.). Napokon, prema općim pravilima iz § 1017. za nasljedno pravo građenja vrijede propisi o pravu vlasništva na zemljište, analogno se primjenjuju i propisi o stjecanju prava vlasništva kao i propisi o zaštiti prava vlasništva na nekretnini.

9. POVIJESNE PRAVNE USTANOVE GRAĐENJA NA TUĐEM ZEMLJIŠTU U AUSTRIJSKOM I HRVATSKOM PRAVU

Austrijski Opći građanski zakonik⁸⁴ (1811. godine) koji je stupio na snagu 1.1.1812., u nastavku: OGZ, donesen je gotovo četiri desetljeća prije 1848. godine, kada su u austrijskoj carevini formalno ukinuti kmetski odnosi, u vrijeme kada su još bili značajni ostatci feudalnih vlasničkopravnih odnosa i na zemljištu. Nije mogao ignorirati feudalne stvarnopravne ustanove, pa je djelomično recipirao i feudalnu ustanovu podijeljenog vlasništva (§§ 357.-360.).⁸⁵ OGZ je kao specifične oblike feudalnoga koristovnog vlasništva zadržao nasljedno-dačnu pravnu ustanovu (koristovni vlasnik plaća naknadu vrhovnom vlasniku) i nasljedni zakup (preobraženi rimski *emphyteusis*), kao i ustanovu podnine (*Bodenzins* - preobraženi rimski *superficies*). Ustanova podnine (*Bodenzins*) uređena je u §§ 1125.-1150. kao nasljedno pravo uživanja površine tuđeg zemljišta uz godišnju naknadu zvanu „podnina“ (*solarium*). Ova naknada pripada vrhovnom vlasniku zemljišta kome nasljedno pripada „sućanstvo zemljišta s uživanjem svega što je u istom zemljištu“ (§ 1125.). Koristovni vlasnik koji plaća podninu ima pravo koristiti samo gornju površinu zemljišta: drveće, biljke, zgrade itd., ali ima pravo i na jedan dio nađenoga

84 *Allgemeinen burgerliches Gesetzbuch*.

85 "Ako je u jednoj i istoj osobi sjedinjeno pravo na sućanstvo stvari s pravom na koristi, pravo vlasništva jeste potpuno i nerazdjeljeno. Ako li pak jedan ima pravo samo na sućanstvo, a drugi skupa s pravom na sućanstvo ima isključivo pravo na koristi iste stvari, tad je pravo vlasnosti razdjeljeno i za obojicu nepotpuno. Ovaj zove se vrhovni vlasnik; ovaj vlasnik koristovni" (§ 357. OGZ-a).

blaga skrivenog u zgradi na površini zemljišta. Inače blago zakopano u zemlji kao i druge koristi pripadaju jedino vrhovnom vlasniku (§ 1147.). Dobra dana u nasljedni zakup i uz nasljednu daću prelaze na sve nasljednike, koji nisu izričito isključeni (§ 1149.). Zbog uništenja biljaka i drveća i razaranja zgrada ne gubi se koristovno vlasništvo na površini zemljišta. Dokle god ostaje makar i dio zemljišta, “posjednik” ga može koristiti ako plaća svoju daću, te ga može zasaditi novim biljkama ili drvećem i podići na njemu nove zgrade (§ 1150.).⁸⁶

Ako apstrahiramo ove ustanove feudalnog podijeljenog vlasništva,⁸⁷ OGZ je, međutim, uveo načelo prema kojem se smatraju nekretninom, tj. sastavnim dijelom zemljišta, sve pokretne stvari, koje su u zemljište ugrađene u namjeri da ostanu zauvijek, pri čemu se na prvom mjestu ističu “kuće i druge zgrade sa zračnim prostorom iznad njih u pravoj liniji” (§ 297.). Doduše, zračni stup se ne smije doslovno shvatiti kao priraštaj zemljišta, jer slobodan atmosferski zrak nije stvar po građanskom pravu (zračni stup ne može biti objekt prava vlasništva) već je opće dobro na koji nitko pojedinačno ne može imati pravo vlasništva. Ovim pravilom htjelo se naglasiti da je i zračni prostor vlasništvo vlasnika zemljišta, prostor u koji vlasnik može zabraniti svaku tuđu djelatnost u svojem vlasničkom domenu dokle dopire njegov opravdani interes, a koji se usporedo s razvojem novih tehnologija - sredstava za korištenje nadzemnog (i podzemnog) prostora sve više sužava u javnom interesu.⁸⁸ Ovaj koncept prava vlasništva na zemljištu, prema kome je ne samo zgrada, nego i zračni stup iznad nje, pripadak zemljišta, u kontradikciji je s načelom horizontalne podjele zgrade po kojem bi svaki kat bio poseban objekt prava vlasništva (etažno vlasništvo).

Kako ustanova etažnog vlasništva nije bila u sukobu s feudalnom ustanovom podijeljenog vlasništva, primjenjivala se u načelu u srednjovjekovnim gradovima. Ova ustanova u Austriji ukinuta je tek zakonom od 30. veljače 1879. godine, ali je, sukladno načelu zaštite stečenih prava, etažno vlasništvo zadržano ako je do tada bilo stečeno.

Međutim, ni u privatnovlasničkom sustavu nije se moglo održati načelo pravnoga jedinstva zemljišta i zgrade bez iznimke. Gospodarske potrebe nalagale su da se, npr. podrumi ispod tuđeg zemljišta izdvoje kao poseban objekt prava vlasništva, pa su već 1832. godine Dekretom dvorske kancelarije uvedene posebne podrumске knjige u koje su se kao posebne nekretnine upisivali podrumi ispod

86 “Dokle god ostaje dio kakav zemljišta, može ga posjednik, samo ako plaća svoju daću, novim raščem i drvi zasaditi i zgradami zapačati.” (§ 1150.) F. nobile de Zeiller, *Commentario sopra il Codice civile universale della Monarchia austriaca, versione italiana*, Venezia, 1816., vidi komentar uz §§ 357.- 360. i §§ 1125.-1150.; G. Winiwarter, *Il diritto civile austriaco*, Venezia, 1838.; F. S. Nippel, *Commento sul Codice civile generale austriaco*, Pavia, 1842.

87 Ove pravne ustanove imale su manje praktično značenje i u drugoj polovini devetnaestog stoljeća (Rušnov-Posilović, Tumač Općemu austrijskomu građanskomu zakoniku, Zagreb, 1891., druga knjiga, str. 550.).

88 Klang, Heinrich, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, II Teil*, Wien, 1950., str. 28.

površine tuđega zemljišta.⁸⁹ Druga iznimka od načela pravnoga jedinstva zemljišta i građevinskih objekata u širem smislu, bilo da su podignuti na zemljištu ili ispod njegove površine, bilo da su rudnici, odnosno razne naprave koje se podižu na temelju rudarskog prava radi eksploatacije rude, a imaju trajan karakter.⁹⁰

Na pretežnom dijelu teritorija današnje Republike Hrvatske OGZ je bio na snazi do 6. travnja 1941.,⁹¹ dok je novelirani OGZ koji poznaje pravo građenja (§ 435 III. novela), tj. ustanovu koju je uredio austrijski Zakon o pravu građenja od 25. travnja 1912. Ovaj je zakon važio na području Apelacionog suda u Splitu, nakon protezanja suvereniteta Kraljevine Italije na Istru, Rijeku, Zadar i otoke: Cres, Lošinj, Susak, Lastovo i Palagružu⁹², ali se primjenjivao i na tome području do 1. srpnja 1929. - dana stupanja na snagu talijanskoga Građanskog zakonika – Codice civile. Talijanski CC je dopuštao pravno razdvajanje zemljišta i zgrade na temelju pisanog pravnog posla, ali je tek novi građanski zakonik, iz 1942., koji je u Italiji i danas na snazi, uredio pravnu ustanovu superficijarnog prava: Della superficie (čl. 952.-956).

U Austriji je uvedeno suvremeno pravo građenja Zakonom o pravu građenja od 26. travnja 1912. godine: pravo koje razdvaja zemljište i zgradu kao dva samostalna objekta prava vlasništva. Načelo zabrane horizontalne podjele zgrade u Austriji ostalo je nedirnuto sve do 8. srpnja 1948. godine, kada je donesen Zakon o stambenom vlasništvu - *Wohnnugseigentumgesetz*, koji je uredio pravne odnose prava vlasništva na posebnom dijelu nekretnine (zgrade).⁹³

10. OPĆI PREGLED USTANOVE PRAVA GRAĐENJA PREMA NJEMAČKOM, AUSTRIJSKOM, HRVATSKOM I PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

Ustanove prava građenja i superficijarnog prava oblikovane su tijekom 20. stoljeća u gotovo svim suvremenim europskim pravima. Budući da se hrvatska i bosanska ustanova prava građenja ugleda na austrijsko pravo (*Baurecht*)⁹⁴ i da je analogna ustanova još potpunije uređena u pravnom izvoru njemačkog nasljednog prava građenja (*Erbbaurecht ordnung*),⁹⁵ ove dvije pravne ustanove se izlažu

89 Vuković, *Opći dio građanskog prava*, knj. II, Školska knjiga, Zagreb, 1960., str. 20.

90 Klang, *op. cit.*, str. 27.-28.

91 Austrijski OGZ (ABGB) je stupio na snagu 1. siječnja 1812. godine u sjevernim austrijskim zemljama i Vojnoj granici, ukoliko nije bila pod francuskom okupacijom; 1. srpnja 1814. stupio je na snagu u Karlovačkoj i Banskoj granici, 1. listopada 1815. u Istri; 1. siječnja 1816. u Dalmaciji; 1. listopada 1816. na otocima Koločep, Korčula, Šipan, Lastovo, Vis, Mljet i Lopud, 1. siječnja 1820. u Karlovačkom okrugu koji je pod francuskom okupacijom pripadao Ilirskim provincijama, a 1. svibnja 1853. u Hrvatskoj i Slavoniji.

92 Novele OGZ (1914., 1915. i 1916.) vrijedile su samo na području Istre i Dalmacije.

93 Belaj, V., *Pravo vlasništva na posebne dijelove zgrade*, (doktorska disertacija), Zagreb, 1993.

94 Gesetz vom 26. 4. 1912. RGBl 86 betreffend das Baurecht (Baurechtsgesetz - Bau RG) idF der BG 30. 6. 1977. BGBl 403 und 25. 4. 1990. BGBl 258 (Auszug: §§ 1 bis 14, 20)

95 Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919 (RGBl S 72, 122/ BGBl III 403-6),

pod zajedničkim nazivom *pravo građenja s mjestimičnim osvrtima na ustanovu talijanskog superficijarnog prava (diritto di superficie)*⁹⁶. Ustanova prava građenja u pravu Republike Srpske i Nacrtu Federacije Bosne i Hercegovine podudara se s pravnom ustanovom hrvatskog prava građenja. Austrijski Zakon o pravu građenja od 26.4.1912. važio je u austrijskim krunovinama Istri i Dalmaciji do 1.7.1929. od kada se primjenjivao talijanski Građanski zakonik na onom području koje je bilo ustupljeno Kraljevini Italiji (1920. i 1924.)⁹⁷, ali se na preostalom području (područje Apelacionog suda u Splitu) i dalje primjenjivao austrijski Zakon o pravu građenja sve do 6.4.1941.⁹⁸

Različite pravne ustanove koje ovlašćuju titulara da ima vlastitu zgradu na tuđem zemljištu u drugim europskim zemljama moguće je svrstati u dvije skupine: a) pravo građenja i superficijarno pravo u državama s privatnopravnim uređenjem i b) sada već povijesno pravo korištenja građevinskog zemljišta u socijalističkom vlasništvu u Sovjetskom Savezu i socijalističkim državama istočne Europe.⁹⁹ U tu skupinu spada i pravo korištenja na zemljištu u društvenom vlasništvu u FNRJ/SFRJ koje je iscrpno obrađeno u drugim radovima.¹⁰⁰

zuletzt geändert durch Art 2 § 1 Gesetz vom 21. 9. 1994. (BGBl I 2457). Uredba o nasljednom pravu građenja stupila je na snagu 22. siječnja 1919. Pravni odnosi zasnovani do stupanja na snagu Uredbe uređuju se dotadašnjom ustanovom nasljednog prava građenja (§§ 1012. – 1017. BGB) kako to određuje prijelazna odredba iz § 38. Uredbe.

96 Art. 952-956 Codice civile od 20. 3. 1942.

97 O prelaženju suvereniteta na Kraljevinu Italiju na ovo područje i o primjeni dotadašnjih zakona vidjeti Rapalski ugovor od 12. studenog 1920., a za Rijeku, Rimski ugovor od 27. siječnja 1924. te o rješavanju pravnih pitanja koja su time nastala - Nettunske konvencije od 20. srpnja 1925. objavljeni su ovi ugovori i konvencije u publikaciji Zakoni, ugovori i konvencije s Kraljevinom Italijom, Knj. 1. i Zakon o Nettunskim konvencijama, Zbirka zakona, Sv. 105., Geca Kon, Beograd, 1929., ali je primjena talijanskoga Građanskog zakonika započela 1. srpnja¹⁹²⁹: vidi: R. Lenac, Kućna *communio pro diviso* (etažna svojina), Zagreb, 1939., str. 8. i 9.; Butera, A., *La comproprietà di case per piani*, UTET, Torino, 1933., str. 15.; Korlević, M., *Uprava i sudstvo u Istri od 1918. do 1945.*, Vjesnik državnog arhiva u Rijeci, Sv. 2., Rijeka, 1954. Ovo područje pripojeno je Jugoslaviji po Ugovoru o miru s Italijom 15. rujna 1947. Tim su danom prestali "vrijediti svi propisi italijanskih državnih i savezničkih okupacionih vlasti" (čl. 2. st. 3. Ukaza o proširenju važnosti zakona i drugih pravnih propisa na područje pripojeno teritoriju Federativne Narodne Republike Jugoslavije po Ugovoru o miru s Italijom, Sl. list FNRJ 80/47.). Talijanski građanski zakonik iz 1865. nije poznavao ustanovu superficijarnog prava, koja je uređena Građanskim zakonikom iz 1942. (čl. 952. – 955.), ali je, kao i njegov uzor francuski Code civil (čl. 553.), dopuštao pravno razdvajanje zemljišta i zgrade na temelju pravnog posla (čl. 448.).

98 Na tom području ostaju na snazi "svi propisi izdati na osnovi Zakona o pravu građenja od 26. travnja 1912. "L.D.Z." br. 86, a osobito naredba od 11. lipnja 1912. "L.D.Z." br. 114 i rješenje od istog datuma, objavljeno u Listu naredaba Ministarstva pravde br. 28, dalje svi propisi izdati na temelju carske naredbe od 19. ožujka 1916. "L.D.Z." br. 69 o stjecanju stvarnih prava na neupisanim zemljištima i zgradama, a osobito Naredba Ministra pravde od 26. ožujka 1916. godine" (vidi Pravilnik za vođenje zemljišnih knjiga od 17. siječnja 1931.).

99 Šire o pravima na zemljištu u socijalističkom vlasništvu, Simonetti, P., *Pravo građenja*, NIO Službeni list SR BiH i NIO Sl. list SFRJ, Sarajevo – Beograd, 1986., str. 97 – 108.

100 Simonetti, P., *Pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu*, Informator, Zagreb, 1985.; isti: *Prava na građevinskom zemljištu (1945. – 2007.)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008.

Pravo građenja ograničeno je stvarno pravo na nečijem zemljištu koje ovlašćuje svojega nositelja da na površini njime opterećenog zemljišta ili ispod nje ima vlastitu zgradu, a vlasnik zemljišta je dužan to trpjeti (čl. 280. st. 1. ZV).¹⁰¹ Identične su odredbe iz članka 186. st. 1. ZSP RS-a i u čl. 300. st. 1. Nacrta FBiH.¹⁰²

Sintagma «nečije zemljište» s jedne strane sugerira da se pravo građenja, *argumentum a contrario*, ne može osnovati na zemljištu koje nije u nečijem vlasništvu. Na zemljištu koje je opće dobro, odnosno javno dobro u općoj uporabi u vlasništvu RH i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave ne može se osnovati pravo građenja, kao nijedno drugo stvarno pravo (čl. 3. st. 2. i 35. st. 4. i 8. ZV-a) ako za javno dobro u općoj uporabi nije nešto drugo propisano zakonom (čl. 35. st. 4. ZV-a). Na tim dobrima se pod određenim uvjetima može osnovati koncesijsko pravo koje odvaja zemljište i zgradu ili drugu građevinu dok koncesija traje (čl. 3. st. 4. i 9. st. 4. ZV-a, odnosno čl. 7. st. 4. ZSP RS, kao i čl. 7. st. 4. Nacrta ZSP FBiH). S druge strane, pravo građenja ne mora opterećivati samo tuđe zemljište jer se ono može osnovati i u korist vlasnika zemljišta ili na njega prenijeti uknjižbom u zemljišne knjige na temelju pravnog posla ili nasljeđivanjem. Zakon propisuje: «Vlasnik zemljišta može biti nositelj prava građenja na svome zemljištu» (čl. 284. st. 2. ZV), odnosno čl. 290. st. 2. ZSP RS-a kao i čl. 304. st. 2. Nacrta ZSP FBiH.

Objekt prava građenja može biti ne samo površina zemljišta nego i podzemlje. Prema tomu moguće je konstituirati pravo građenja na površini zemljišta u korist jedne osobe, ispod površine zemljišta u korist druge ili jedno i drugo u korist iste osobe ili u korist samoga vlasnika zemljišta. Zgrade se, u tom slučaju, kao posve samostalne nekretnine i upisuju u zemljišne knjige.

Temeljno ovlaštenje prava građenja nije pravo graditi, nego imati pravo vlasništva na zgradu pravno odvojenu od njime opterećenog zemljišta na površini ili ispod površine zemljišta. Pravo vlasništva zgrade na površini ili ispod površine zemljišta stječe se i izgradnjom zgrade (vršenjem temeljnog ovlaštenja prava građenja) na neizgrađenom zemljištu i pravnim odvajanjem postojeće zgrade od zemljišta: otuđenjem zgrade, a zadržavanjem prava vlasništva na zemljište ili obrnuto, otuđenjem zemljišta, a zadržavanjem prava vlasništva na zgradu ili otuđenjem zgrade jednoj osobi, a zemljišta drugoj ili jednostavno pravnim razdvajanjem zemljišta i zgrade u vlasništvu iste osobe. I u jednom i u drugom slučaju nositelj prava građenja ima pravo nakon rušenja zgrade ponovo izgraditi zgradu na pravu građenja, ako nije što drugo određeno zakonom ili pravnim poslom, odnosno odlukom suda ili drugoga nadležnog tijela o osnivanju prava građenja.

Pravo izgraditi zgradu esencijalno je ovlaštenje prava građenja samo ako je osnovano na neizgrađenom građevinskom zemljištu, jer se ono osniva na

101 Zakon o vlasništvu i dugim stvarnim pravima, NN 91/96, 168/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09.

102 Zakon o stvarnim pravima, Službeni glasnik Republike Srpske, 124/08 i 58/09., odnosno čl. 300. Nacrta ZSP FBiH, Nacrta FBiH. Razlika u numeraciji članka uglavnom je posljedica izostavljanja ustanove zemljišnoga duga (čl. 186. – 197. Nacrta) u ZSP RS.

neizgrađenom građevinskom zemljištu upravo radi stjecanja prava vlasništva na zgradu njezinom izgradnjom. Kada nositelj prava građenja ne bi imao ovo temeljno ovlaštenje ili kada bi ono ovisilo o volji vlasnika opterećenog zemljišta postojalo bi neko drugo pravo koje se ne bi uklapalo u sadašnji sastav i zakonom zatvoreni broj stvarnih prava (*numerus clausus*) pa bi imalo obveznopravni karakter, jer su stvarna prava kreacija zakonodavca, a ne slobodne dispozicije trećih osoba u pravnom odnosu.

Ovlaštenje ponovnog građenja, nakon rušenja postojeće zgrade, je dispozitivno jer je moguće pravo građenja na izgrađenoj građevinskoj čestici i bez toga ovlaštenja to jest bez prava ponovnog građenja. U tom slučaju pravo građenja prestaje kada se sruši zgrada (ispunjenjem raskidnog uvjeta). Budući da je pravo građenja stvarno pravo ono djeluje prema svima pa i protiv svagdašnjeg vlasnika njime opterećenog zemljišta koji je dužan trpjeti takvo opterećenje (ograničenje) svoga prava vlasništva. Pravo građenja je u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom (čl. 280. st. 2. ZV). Tako i čl. 286. st. 2. ZSP RS, odnosno čl. 300. st. 2. Nacrta FBiH. Zato je zgrada koja je izgrađena ili koja bude izgrađena na zemljištu koje je opterećeno pravom građenja pripadnost toga prava kao da je ono zemljište (čl. 280. st. 3. ZV-a), kao i čl. 286. st. 3. ZSP RS-a, odnosno čl. 300. st. 3. Nacrta FBiH. Prema tomu nekretnina, u pravnom pogledu je i samo pravo građenja, kao i pravo građenja sa zgradom fizički izgrađenoj na zemljištu opterećenim pravom građenja ili njime naknadno pravno odvojenom od zemljišta, a pravno je zgrada izgrađena na prvu građenja konstituiranog na zemljištu ili ispod njegove površine prije ili poslije izgradnje. Pravo građenja, prema tomu, ima dvostruku pravnu prirodu, ono je istodobno stvarno pravo na nečijem zemljištu i samostalna nekretnina (u pravnom pogledu) sa zgradom ili bez zgrade u vlasništvu nositelja prava građenja. Zato se ovo pravo osniva dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu: kao ograničeno stvarno pravo u C listu zk, u kome je upisano opterećeno zemljište i kao samostalna nekretnina u novoosnovanom zemljišnoknjižnom ulošku koji je povezan sa zk uloškom u kome je upisano opterećeno zemljište (čl. 34. ZZK).¹⁰³ Kao samostalna nekretnina pravo građenja je objekt prava vlasništva i prije izgradnje zgrade. Suvremeno pravo građenja i superficijarno pravo razdvajaju pravni monolit zemljišta i zgrade kao dvije posve samostalne nekretnine - dva objekta prava vlasništva. Oba prava neutraliziraju privlačnu pravnu snagu zemljišta, pa se zgrada *in statu nascendi* od "kamena temeljca" pravno odvaja od zemljišta. Temeljna razlika između te dvije pravne ustanove jest u tomu što pravo građenja preuzima ulogu zemljišta (prava vlasništva na zemljište) kao "pravno zemljište", kako kažu njemački pravnici, pa je zgrada priraštaj "otjelovljenog" ili "postvarenog" prava građenja, kao da je ono zemljište, dok se superficijarno pravo iscrpljuje neutralizacijom atrakcijske pravne veze između zemljišta i zgrade. Po superficijarnom pravnom sustavu zgrada je jednostavno predmet superficijarnog vlasništva (*la proprietà superficaria*, art.

103 Zakon o zemljišnim knjigama, NN RH 91/96, 114/01, 100/04, 107/07 i 152/08.

952.-955. CC-a).¹⁰⁴ Zgrada je nekretnina koja je pravno odvojena od zemljišta superficijarnim pravom: ona nije pripadnost toga prava već posve pravno autonomna stvar, odvojena od zemljišta i od superficijarnog prava. Superficijarno pravo poništavajući atrakcijsku snagu prava vlasništva zemljišta, dakle, ne preuzima njegovu ulogu, poput njemačkoga, austrijskoga i hrvatskoga prava građenja, kao i prava građenja Republike Srpske, pa i Federacije Bosne i Hercegovine *de lege ferenda*.¹⁰⁵

11. PRAVNA PRETPOSTAVKA ZA PRAVO GRAĐENJA I SUPERFICIJARNO PRAVO

11.1. Pravna pretpostavka za pravo građenja: trajna veza zemljišta i zgrade

Pravna pretpostavka za pravo građenja i superficijarno pravo pravno je jedinstvo zemljišta i zgrade, a ono postoji kada je zgrada trajna. Trajna, a ne čvrsta veza pretpostavka je pravnog jedinstva zemljišta i zgrade (§§ 94. i 95. BGB-a i §§ 94-97 OGZ-a) te čl. 2. st. 3. i 9. st. 3. ZV, odnosno čl. 14. st. 1. ZSP RS-a, kao i čl. 14. st. 1. Nacrta ZSP FBiH.

Ona trajna naprava koja se ne bi mogla smatrati zgradom u pravnom smislu ne može se ni pravom građenja odvojiti od zemljišta već eventualno pravom služnosti. S druge strane, zgrada koja nije trajno vezana za zemljište nije priraštaj zemljišta, po zakonu ima svoju samostalnost bez prava građenja, jer bez trajnosti ne može po zakonu biti sastavni dio zemljišta.¹⁰⁶ Zato on mora utvrditi pojam zgrade i podsjetiti se na pravne pretpostavke za priraštaj, tj. pravno jedinstvo zemljišta i zgrade.

104 Stavljajući težište na superficijarno vlasništvo u nekim vrlo poznatim talijanskim standardnim udžbenicima građanskog prava se ustanova superficijarnog prava svrstava uz ustanovu prava vlasništva, a ne među stvarna prava na tuđoj stvari (Messineo, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1965., str. 532-537.; Trabbucchi, A., *Instituzioni di diritto civile*, CEDAM, Padova, 1994., str. 457-463.). U drugim, također, uglednim udžbenicima superficijarno pravo se obrađuje među stvarnim pravima na tuđoj stvari, tako npr. Galgano, F., *Diritto privato*, CEDAM, Padova, 1996., str. 162-163.; Zatti, P., Colussi, P., *Lineamenti di diritto privato*, CEDAM, Padova, 1993., str. 236. i dalje. Među autorima koji su se najiscrpnije bavili ovom pravnom ustanovom ističe se Salis, L. koji je objavio dvije monografije: u jednoj je obradio superficijarno vlasništvo prema starom talijanskom Građanskom zakoniku (*La proprietà superficaria*, op. cit.), a u drugoj - superficijarno pravo prema sadašnjem Građanskom zakoniku (*La superficie*, op. cit.); zatim: Balbi, G., *Il diritto di superficie*, Giappichelli, Torino, 1947., Pugliese, G., *Della superficie*, op. cit. i Zaccagnini, M., op. cit. U novije vrijeme: Guarneri, A., *Superficie*, u: *Digesto civile*, UTET, Torino, 1999., vol. XiX, str. 206.; Bessone, A., Di Paolo, M., *Superficie (diritto civile)*, u: *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1993.; Guarneri, A., *Superficie*, *Rivista di diritto civile*, 1986., N°2, 1991., N°4, 1996., N°4 i napose Barca, A. – Marvasi, C., *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004.

105 Austrijski Zakon o pravu građenja propisuje da se na osnovi prava građenja ima pravo vlasništva zgrade na površini ili ispod površine tuđeg zemljišta (§ 1. st. 1.). Isto, propisuje i njemačka Uredba o nasljednom pravu građenja (§ 1. st. 1.), hrvatski ZV (čl. 280. st. 1.) i ZSP RS (čl. 286. st. 1.), kao i talijanski Građanski zakonik (čl. 952. i 955.).

106 Guarneri, A., *Superficie in Digesto civile*, UTET, Torino, 1919., vol. 19, 213.

Privremena zgrada je, dakle, po samom zakonu pravno odvojena od zemljišta. Hrvatski ZV propisuje: «No, nisu dijelovi zemljišta one zgrade i drugo što je s njim spojeno radi neke prolazne namjene» (čl. 9. st. 3.). Ova je odredba suvišna jer su nekretnine i po tom Zakonu «čestice zemljine površine, zajedno sa svim što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje, ako Zakonom nije drugčije podređeno» (čl. 2. st. 3.) «Što je na površini zemlje, iznad ili ispod nje izgrađeno, a namijenjeno je da tamo trajno ostane, ili je u nekretninu ugrađeno, njoj dograđeno, na njoj nadograđeno ili bilo kako drukčije s njom trajno spojeno, ako je dio te nekretnine sve dok se od nje ne odvoji» (čl. 9. st. 3.). *Argumentum a contrario*, sve što je na nekretnini, iznad ili ispod njene površine izgrađeno ili je u nekretninu ugrađeno, nadograđeno ili dograđeno u prolazne svrhe nije dio nekretnine. Osnovna pretpostavka za pravo građenja jeste pravno jedinstvo zemljišta i trajne zgrade (*supra*). Ono se osniva radi pravnog razdvajanja zemljišta i sadašnje ili one buduće zgrade koja će se izgraditi na zemljištu opterećenom pravom građenja.

Pravo građenja može se konstituirati, dakle, i na nekretnini koja se sastoji od zemljišta i trajne zgrade. U tom slučaju postojeća trajna zgrada postaje pripadnost, odnosno bitni sastavni dio prava građenja, pa je nositelj prava građenja vlasnik zgrade.

11.2. Pojam zgrade u kontekstu ustanove prava građenja i superficijarnog prava

Kako zakoni ne određuju pobliže pojam zgrade, sa stajališta ustanove prava građenja, to mora učiniti sudska praksa i pravna znanost koja uopćava i sistematizira sudsku praksu. Ni austrijski Zakon o pravu građenja, određujući pojam građevine (čl. 2., st. 2., 4. i 5.), naime ne daje definiciju zgrade. Takvu definiciju ne daje ni njemačko nasljedno pravo građenja, kao ni talijansko superficijarno pravo; nema je ni u ustanovi hrvatskoga, kao ni bosanskoga prava građenja.

Pojam zgrade nije univerzalan, već ovisi o konkretnom pravnom sustavu i o konkretnom uređenju i dometu ustanove prava građenja, odnosno o interpretaciji ove pravne ustanove prema konkretnim okolnostima uzimajući u obzir pravno shvaćanje koje se oblikovalo u određenom pravnom sustavu, u sudskoj praksi i pravnoj znanosti.

U talijanskoj pravnoj znanosti vrlo široko se definira pojam zgrade kao nekretnine koja se može pravno odvojiti od zemljišta superficijarnim pravom. Tako npr. prema Salisu zgrada je ona naprava koja služi za trodimenzionalnu izolaciju jednog prostora na površini ili ispod površine zemljišta, pa čak i željezničke i tramvajske tračnice.^{107,108}

107 Salis, L., *La superficie*, Unione tipografica, ed. Torinese, Torino, 1968., str. 59.

108 Balbi, G., *Il diritto di superficie*, Giappichelli, Torino, str. 103. – 104.; Lucci, A., *Del diritto di superficie della proprietà del sottosuolo*, Marghieri, Napoli, UTET, Torino, 1927., p. 127. Pugliese, G., *Della superficie*, in: *Commentario del Codice civil*, Zanichelli, Bologna, Foro Italiano, Roma, 1976, p. 584. Suprotno Salis (str. 48) koji smatra da se na javnom dobru

Pojam građevine, koja se može odvojiti od zemljišta njemačkim nasljednim pravom građenja, prema Ringu, su sve trajne ljudske naprave koje mijenjaju namjenu zemljišta, a to su osim zgrada različitih namjena i lučka postrojenja, žičare, uspinjače, zdenci, vodokoci, spomenici, pa čak i naprave za melioraciju zemljišta, kao što su kanali za navodnjavanje ili za odvodnjavanje.¹⁰⁹ Po hrvatskom i bosanskom pravu zemljište koje pokriva željeznička pruga po namjeni je dobro u općoj uporabi, a na takvim nekretninama se ne može konstituirati pravo građenja, ali može koncesija koja pravno odvaja zemljište zgrade i druge građevine (čl. 3. st. 4. i čl. 9. st. 4. ZV-a, odnosno čl. 7. st. 4. ZSP RS-a kao i čl. 7. st. 4. Nacrta ZSP FBiH). Čini se da u druge građevine spadaju i željezničke tračnice jer osoba koja gradi, održava i eksploatira željezničke tračnice ne mora biti ona osoba koja upravlja građevinskim zemljištem.

Drugi autori navode da je zgrada u smislu njemačkoga nasljednog prava građenja (Uredbe iz 1919.) i teren za golf; za tenis itd.¹¹⁰ U jednom novijem djelu također se, vrlo široko definira pojam građevine sa gledišta nasljednog prava građenja, kao svaka samostalna naprava na površini ili ispod površine zemljišta. Pored zgrada – zatvorenih prostora, koji imaju ulaz za ljude, a namijenjene su različitim svrhama ovamo spadaju prometne građevine: ceste, odmorišta i parkirališta, željeznička postrojenja i željezničke tračnice; mostovi i vijadukti; lučka postrojenja; zatim postrojenja za "snabdijevanje", npr. cjevovodi različitih namjena i s njima povezani šahtovi i ozidani bunari; masivni bazeni; zatim riječne skele, žičare, rudarska postrojenja, visoke peći, tankovi za plin od 900 m³ i veći; potom sportski tereni itd. Nisu zgrade one naprave koje su izgrađene isključivo od zemlje (npr. zemljani nasipi, kanali za odvodnjavanje ili navodnjavanje), pa izgleda ni retencije (umjetna jezera) za zadržavanje vode u uvjetima poplave i za napajanje zemljišta u doba suše.¹¹¹ Po njemačkom pravu može se, dakle, konstituirati nasljedno pravo građenja i na javnom dobru u javnoj uporabi.

12. KONCEPTUALNA RAZLIKA IZMEĐU SUPERFICIJARNOG PRAVA I PRAVA GRAĐENJA

Dok se talijansko superficijarno pravo iscrpljuje s pravnim razdvajanjem zemljišta i zgrade izgrađene na površini ili ispod površine zemljišta bilo da je izgrađena nakon osnivanja ili prije osnivanja superficijarnog prava, pravo građenja

ne može konstituirati superficijarno pravo, pa prema tomu ni željezničke tračnice nisu superficijarnim pravom odvojene od zemljišta.

109 Ring, J., Standinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gezezbuch, III Band, II. Aufl., str. 880.-881.

110 Ripfel/Schütze: Auflage, Verlag, Recht und Wirlschaft GmbH, Heidelberg, 1993.; Baur/Stürner, Sachenrecht, Verlag C. H. Beck, München, 1999., C I., § 29., 4., str. 339.

111 Helmut Freiherr von Oefele/Dr. Karl Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, CH Beck Verlangsbuchlandlung, München, 1995., glava druga, odsjek II i tamo navedena stajališta sudske prakse.

razdvajajući te dvije nekretnine preuzima ulogu zemljišta pa je zgrada njegova pripadnost (priraštaj, Zuwacks, a ne Zubehör u širem smislu koje obuhvaća i pripadak, pertinenciju). Prema tomu pravo građenja je umjetno zemljište uz tri, četiri iznimke u odnosu na prirodno zemljište koje proizlaze iz njegove pravne prirode i svrhe. Pravo građenja po svojoj pravnoj prirodi ograničeno je stvarno pravo na nečijem zemljištu (tuđem ili svome – može se imati pravo građenja na vlastitom zemljištu), a istodobno i zemljište u pravnom smislu koje sa zgradom čini neraskidivu nekretninu od „kamena temeljca“ dok ono postoji. Zato se to pravo osniva i mijenja dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu. Tako vlasnik zemljišta osnivanjem prava građenja i podzemnog prava građenja stvara dvije umjetne nekretnine bilo da ih zadrži za sebe ili prenese na drugu osobu. Obujam objekta prava građenja užu je od obujma objekta prava vlasništva na zemljište. Iz pravila da pravo građenja dolazi na mjesto zemljišta – drugo zemljište, proizlaze mnogobrojne prednosti koje se izlažu u drugom radu.¹¹²

U talijanskoj pravnoj literaturi osobito se ističe kako ustanova superficijarnog prava potiče poduzetništvo dok je ustanova prava građenja usmjerena u prvom redu ka zadovoljavanju socijalnih potreba stambeno ugroženih osoba, tj. ostvarenju ljudskoga prava na stan stjecanjem prava građenja uz periodičnu naknadu u visini prosječne zakupnine, umjesto kupovanja zemljišta po astronomskoj cijeni, relativno niskoj, graditelju se omogućava da pribavi umjetno zemljište, tj. pravo građenja. Zbog toga ustanova talijanskoga superficijarnog prava u manjoj je mjeri uređena prinudnim zakonskim pravilima, koliko je nužno da se sačuva njena priroda i svrha, osnivanje, trajanje i prestanak, dok je sve drugo prepušteno slobodi ugovaranja osnivača i stjecatelja toga prava. Nasuprot tomu, ustanovom prava građenja, osobito njemačkoga nasljednog prava građenja od 15. siječnja 1919. dominiraju prisilni propisi radi ostvarenja socijalne svrhe toga prava.¹¹³

112 Namijenjenom za sljedeće Savjetovanje pravnika u Poreču 2013, u: Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol 34. br. 1 (2013.)

113 Vidi Simonetti, P., Pravo građenja, izd. NIO, Sl. list Sarajevo, NIU, Sl. list SFRJ, Beograd, 1985., str. 42.-59.

Summary

EVOLUTION OF THE INSTITUTE OF RIGHT OF SUPERFICIES AND COMPARISON WITH THE RIGHT TO BUILD

A titular of the Roman Law institute *superficies* was entitled to protection of possession and ownership, nevertheless, he never had a right to build a building on someone else's land due to the fact that this legal segment of the right of superficies had never been developed in Roman Law (or its antecedents). It was a long way between the Roman *superficies* and full recognition of legal separation of a building and a land. During the years this institute developed tendencies towards such entitlements smoothing the progress of its unproblematic fitting within the feudal structure of divided property. The described development was stimulated by barbarian laws in Roman time which were giving priority to the principle according to which a building belonged to the one who had built it instead of the proprietary principle of accretion. The same precedence was given by provisions of statutes enacted in Medieval Italian cities. Different institutes which were giving rights to its titular to have a building on other's land but separated from that land were developed, as it can be seen, in German and Austrian law before the modern right to build. The right to build differs from the right of superficies because it takes a role of a land by itself, and consequently a building is its accrete as it is a land itself. This is a source of numerous advantages, especially for a person who has the right to build. As opposed to the right of superficies that stimulates business undertakings, the right to build, in the first place, protects these who are socially endangered due to the fact that it gives a possibility to build a building without buying a land. Over its titular, the right to build imposes a small remuneration which can be excluded in cases where this right is established by municipalities.

Key words: *right of superficies, right to build, right of ownership.*

Zusammenfassung

DIE EVOLUTION DES INSTITUTS DES SUPERÄDIFIKAT- SRECHTES UND SEIN VERGLEICH MIT DEM BAURECHT

Es war ein langer Weg vom römischen *superficies* (von seinen Vorgängern) d.h. vom Recht auf das Gebäude auf fremden Grundstück, das im römischen Recht nie bis zum Grad der rechtlichen Trennung des Gebäudes von seinem Grundstück entwickelt wurde, obwohl der Superädifikatsberechtigte sowohl Eigentümer als auch Besitzer des Gebäudes und seines Grundstücks war, und, obwohl die Entwicklung dieses Instituts dazu tendiert hat, weswegen es in die feudale Struktur des getrennten Eigentums leicht integriert wurde. Diese Entwicklung wurde schon im römischen Recht von barbarischen Rechten gefördert, welche, wie auch die Rechte von mittelalterlichen Satzungen in Italien, statt das Eigentumsprinzip zu begünstigen, dem Prinzip, nach dem das Gebäude seinem Errichter gehört, Vorrang gegeben haben. Verschiedene Institute des Rechtes auf das Gebäude auf fremden Grundstück getrennt von seinem Grundstück haben sich, wie wir gesehen haben, im deutschen und österreichischen Recht vor dem modernen Baurecht entwickelt. Das Baurecht unterscheidet sich vom Superädifikatsrecht darin, dass es die Rolle des Grundstücks nur übernimmt und so ist das Gebäude sein Zuwachs, als ob das Baurecht das Grundstück sei, aus dem zahlreiche Vorteile, insbesondere für den Baurechtberechtigten, hervorgehen. Während das Superädifikatsrecht das Unternehmertum fördert, schützt das Baurecht in erster Linie die sozial Gefährdeten, weil es die Errichtung des Gebäudes ohne den Grundstückskauf und mit periodischer Entschädigung oder ohne Entschädigung, insbesondere im Falle des vom Gemeinde gegründeten Grundstücks, ermöglicht.

Schlüsselwörter: *Superädifikatsrecht, Baurecht, Eigentumsrecht*

Riassunto

L'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DEL DIRITTO DI SUPERFICIE E RAFFRONTO CON IL DIRITTO DI COSTRUIRE

Lunga è la strada a partire dalla *superficies* romana, cioè dal diritto di avere un edificio su suolo altrui, che nel diritto romano mai s'evolse a tal punto da condurre ad una scissione del suolo dall'edificio, sebbene il supericario godesse di tutela possessoria e petitoria; per quanto lo sviluppo di questo istituto tendesse a ciò, sicché agevolmente trovò posto nella struttura feudale della proprietà ripartita. Tale sviluppo era esortato già ai tempi del diritto romano dai diritti barbarici, i quali, al pari dei diritti degli Statuti delle signorie feudali in Italia, in luogo del principio della proprietà privilegiavano il principio in base al quale l'edificio apparteneva a colui che l'aveva costruito. Prima dell'attuale diritto di costruire, diversi furono gli istituti giuridici regolanti il diritto ad avere un edificio su suolo altrui che si svilupparono nel diritto tedesco ed in quello austriaco. Il diritto di costruire si differenzia dal diritto di superficie per il fatto di sostituirsi al suolo nella sua funzione, cosicché l'edificio diventa una sua parte come se si trattasse del suolo dal quale derivano numerosi vantaggi specie per il titolare del diritto di costruire. A differenza del diritto di superficie, il quale stimola l'imprenditorialità, il diritto di costruire, anzitutto, tutela le categorie socialmente deboli, poiché rende possibile la costruzione dell'edificio senza l'acquisto del suolo a fronte di un modesto indennizzo o senza indennizzo qualora si costituiscano nuovi comuni.

Parole chiave: *diritto di superficie, diritto di costruire, diritto di proprietà.*

O RJEŠENJU U PARNIČNOM POSTUPKU

dr. sc. Mihajlo Dika, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.91/95
Ur.: 20. veljače 2012.
Pr.: 6. ožujka 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se nastoji relativno cjelovito obraditi institut rješenja kao vrste odluke u hrvatskom parničnom postupku. U njegovom se prvom dijelu najprije pokušava odrediti pojam, vrste i pravozaštitna funkcija te kategorije odluka, uključujući i način podredne primjene pravila o presudi, vodeći računa o potrebi razlikovanja između, tzv. meritornih i "čistih" procesnih rješenja. U drugom se dijelu rada izlažu osobitosti donošenja tih odluka te njihova sadržaja, forme i učinaka, pri čemu je posebna pozornost posvećena pravomoćnosti i drugim njihovim učincima, osobito s obzirom na mogućnost da neke od njih ne djeluju izvanpostupovno, odnosno da za neke od njih sud nije vezan. Zaključno se de lege ferenda konstatira potreba potpunijeg i određenijeg uređenja instituta, eventualno u skladu s nekim od prijedloga koji su izneseni u ovom radu.

Ključne riječi: rješenje, parnični postupak

I.

RJEŠENJE KAO SUDSKA ODLUKA

1. POJAM, VRSTE I PRAVOZAŠTITNA FUNKCIJA RJEŠENJA

1.1. Rješenje kao sudska odluka

Rješenje je jedna od dviju zakonom izriječom predviđenih vrsta sudskih odluka; druga je presuda (129/1).¹ Rješenje je odluka kojom sud odlučuje o svim

¹ U ovom radu odredbe pojedinih zakona označavat će se navođenjem broja članka, stavka odvojenog kosom crtom od broja članka, te točke, odvojene točkom od broja članka ili stavka. Više će stavaka ili točaka istoga članka ili stavka međusobno biti razdvojeno zarezom. Crtica između brojeva dvaju članaka ili stavaka koristit će se radi označavanja da se sve odredbe između tih brojeva odnose na tekst ispred njih. Za označavanje pojedinih propisa koristit će se njihove kratice, koje će biti definirane u tekstu. Jedino će se odredbe Zakona o parničnom postupku (NN 26/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07 i 96/08 – odluka USRH od 20.12.2006., 84/08, 123/08, 57/11; ZPP) navoditi bez naznake kratice toga Zakona.

pitanjima za koja nije predviđeno da se o njima odlučuje presudom (129/3.). Budući da sud u hrvatskom pravu o postupovnopравnim pitanjima nikada ne odlučuje presudom (arg. ex 129/2.), o tim pitanjima uvijek odlučuje rješenjem. S druge strane, s obzirom na to da o osnovanosti tužbenoga zahtjeva sud u pravilu odlučuje presudom (129/2.), rješenjem se samo iznimno odlučuje o osnovanosti meritornih zahtjeva (129/2., 4., 5., 186.b, 325.a/1.).

Okolnost da se rješenjima tijekom postupka odlučuje o raznovrsnim, u pravilu, nemeritornim pitanjima utječe na to da su ona različitog sadržaja i učinaka, zbog čega je i njihova pravozaštitna funkcija različita. Te razlike utječu i na razlike u formi između pojedinih vrsta rješenja, ali i na mogućnost njihova pobijanja pravnim lijekovima, pa čak i na razloge zbog kojih se oni mogu izjavljivati.

Suđeno je da odlučivanje rješenjem, a ne presudom ne dovodi do bitne procesne povrede² (falsa nominatio non nocet). Suđeno je i da nema pravnog interesa za žalbu stranka koja traži da se nakon ukidanja presude donese istovjetno rješenje.³

1.2. Vrste rješenja

1.2.1. Općenito

Na temelju zakonskih odredaba koje uređuju odlučivanje rješenjem o različitim pravnim pitanjima mogu se razlikovati:

procesna i meritorna rješenja; kondemnatorna, deklaratorna i konstitutivna rješenja; rješenja koja su kondemnatornog karaktera i koja stoga mogu biti ovršna, te ona koja su deklaratornog i konstitutivnog karaktera i koja stoga to ne mogu biti; među ovršnim rješenjima rješenja koja se ovršavaju na zahtjev i ona koja se ovršavaju po službenoj dužnosti; potpuna, nepotpuna, djelomična, dopunska i završna rješenja; konačna rješenja i međurješenja; rješenja o upravljanju postupkom i ona koja to nisu; rješenja kojima se postupak priprema i ona kojima se okončava; rješenja protiv kojih je dopuštena samostalna žalba, ona protiv kojih je dopuštena nesamostalna žalba i ona protiv kojih pravni lijek nije uopće dopušten; rješenja kojima je sud vezan i ona kojima nije vezan; rješenja koja se samo objavljuju, ona koja se objavljuju, ali, na zahtjev, i dostavljaju u ovjerenom prijepisu, i ona koja se dostavljaju strankama u ovjerenom prijepisu; rješenja koja djeluju odmah čim su objavljena, ona koja djeluju tek nakon što se strankama dostave i ona koja djeluju tek nakon pravomoćnosti; rješenja koja se donose na temelju raspravljanja i dispozitivna rješenja; rješenja koja se dostavljaju samo jednoj stranci i ona koja se dostavljaju objema strankama; rješenja koja ne moraju biti obrazložena i ona koja to moraju biti, itd.

Pojedina rješenja mogu imati obilježja rješenja koja pripadaju većem broju navedenih kategorija, pa tako neko meritorno rješenje može biti kondemnatorno ili deklaratorno, obrazloženo, koje se treba dostaviti objema strankama i koje će svoje

2 VSH: Rev-863/84 – 26/85-116.

3 OS ZG: Gž 6345/81 - SP 5/83-52.

učinke moći proizvesti tek nakon što postane pravomoćno. Neko drugo rješenje može biti rješenje o upravljanju postupkom, koje će djelovati čim bude objavljeno i koje se strankama ne mora dostaviti u pisanom obliku s obrazloženjem, za koje sud neće biti vezan, itd.

Domaća doktrina u osnovi razlikuje procesna i meritorna rješenja te prethodna rješenja kojima se priprema daljnji tijek postupka i konačna, kojima se postupak pred sudom određenog stupnja završava, u pravilu zbog toga što nema procesnih pretpostavaka za meritornu odluku o osnovanosti tužbenog zahtjeva. Značenje konačnog rješenja pridaje se i odluci kojom se žalba odbacuje kao nedopuštena.⁴

Za austrijsko se pravo, najprije, konstatira da sam öZPO⁵ razlikuje rješenja (zaključke) o vođenju postupka (upravljanju postupkom) (njem. prozeßleitende Beschlüsse) i ona koja nemaju tu narav, ali da praksa i dio doktrine,⁶ tomu nasuprot, razlikuju češće rješenja o upravljanju postupkom i rješenja o okončanju postupka (njem. prozeßbeendende Beschlüsse). Prigovara se, međutim, da takva doktrinarna podjela ne obuhvaća niz rješenja, poput rješenja sudova pravnih lijekova o ukidanju i vraćanju na ponovni postupak te rješenja kojima se odbijaju (ili odbacuju) procesni prigovori. Upravo stoga se s obzirom na svrhu uređivanja (njem. Regelungszweck), zapravo prema značenju i učinku, razlikuju rješenja kojima se postupak dovršava, rješenja kojima se postupak oblikuje (njem. verfahrensgestaltenden Beschlüsse) i rješenja o upravljanju postupkom.⁷ Neki autori navedenu podjelu ograničavaju na procesna rješenja, prethodno razlikujući meritorna i procesna.⁸

Čini se da bi s obzirom na njihovu pravozaštitnu funkciju trebalo razlikovati meritorna i procesna rješenja. U okviru procesnih rješenja treba razlikovati ona kojima se postupak okončava pred sudom određenog stupnja i ona kojima se definitivno odlučuje o određenim unutarpostupovnim pitanjima. Dakle s učinkom da ne djeluju samo prema strankama, već da je njima vezan i sud koji ih je donio, te ona koja imaju značenje rješenja o upravljanju postupkom kojima sud u pravilu nije vezan, između kojih bi trebalo razlikovati rješenja o izvođenju dokaza i druga rješenja o upravljanju postupkom.

4 Usp. TRIVA-DIKA, *Građansko parnično procesno pravo*, 2004., 625.

5 ÖZPO: *Austrijski Zivilprozeßordnung iz 1895. s kasnijim izmjenama i dopunama*.

6 Tako SPERL, *Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege*, 1930., 525. i slj.

7 Tako FASCHING, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts (Zivilprozeßrecht)*, 1990. (ZPR), 802.; BYDLINSKI, u Fasching, *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*, 3. Band, 2004., (Bydlinski, Fasching, 3.), 1327. i slj.

8 Usp. RECHBERGER-SIMOTTA, *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren*, 7. izd., (ZPR), 491. i slj.

1.2.2. Procesna i meritorna rješenja

1.2.2.1. Meritorna rješenja

O osnovanosti tužbenoga zahtjeva i sporednih traženja (186/1.) kao o meritornim pitanjima koje treba riješiti u postupku,⁹ sud u pravilu odlučuje presudom (129/2.; 325.-342.). U obliku presude donose se u pravilu i meritorne odluke u postupku u povodu pravnih lijekova.

Rješenjem, iznimno od pravila, sud odlučuje o osnovanosti tužbenoga zahtjeva u postupku zbog smetanja posjeda (129/2.; 443/4.).

U postupku izdavanja platnog naloga rješenje kojim se prihvaća tužbeni zahtjev donosi se u obliku platnog naloga (129/4.; 448.), zapravo posebne vrste rješenja.

Odluka o troškovima u presudi smatra se rješenjem (129/5.; 167.), pa se zbog toga, kad se tužbeni zahtjev svode samo na zahtjev za naknadu parničnih troškova, odluku o tom zahtjevu donosi u obliku rješenja.¹⁰ Rješenjem sud odlučuje i o oslobođenju od prethodnog snošenja parničnih troškova (172.-177.) te o aktorskoj kauciji (82.-84. ZRSZ).¹¹ Kada sud nenamjerno propusti odlučiti o zahtjevu za naknadu troškova postupka, dopunska odluka o troškovima postupka donosi se u obliku rješenja (340/4., 347.).

Rješenja kojim sud odlučuje o naknadi putnih troškova i troškova za prehranu i prenoćište svjedocima, vještacima, tumačima i trećima koji su edirali isprave, odnosno omogućili sudu obavljanje uviđaja imaju značenje meritornih rješenja (234/6., 249/1., 256/1., 263.). Takvo značenje ima i rješenje kojim se trećoj osobi koja je edirala ispravu, svjedoku, vještaku i tumaču određuje naknada izmakle zarade (234/6., 249/1., 256/1., 263.), odnosno nagrada vještaku i tumaču (249/1., 263.).

Sud odlučuje rješenjem i o prihvaćanju zahtjeva za polaganje računa, za podnošenje pregleda imovine i obveza ili za davanja podataka (tzv. manifestacijski zahtjev) istaknutom u stupnjevitij tužbi (186.b, 325.a.).

Meritorna su i rješenja kojima sud izriče novčane kazne sudionicima u postupku (10., 110., 318., 248/1., 2., 255., 263.), kao i odluka kojom određuje zatvaranje svjedoka (248/2.).

U postupku u povodu pravnih lijekova protiv meritornih rješenja sud odlučuje rješenjem.

9 U užem bi smislu meritorna odluka bila odluka o osnovanosti glavnog tužbenog zahtjeva. U nešto širem smislu taj bi pojam obuhvaćao i odluke o osnovanosti sporednih tužbenih zahtjeva (traženja – 186/1., npr. zahtjeva za isplatu kamata, ugovorne kazne, troškova). U najširem smislu, međutim, izrazom meritorna odluka mogle bi se označiti sve odluke kojima se odlučuje o osnovanosti nekog traženja u postupku. U tom bi trećem smislu rješenje kojim se odlučuje o osnovanosti prijedloga za povrat u prijašnje stanje (117.) bilo meritorna odluka u incidentalnom postupku u kojemu bi se odlučivalo u povodu toga pravnog sredstva. Ovdje će se izraz meritorna odluka koristiti redovito u prva dva naznačena smisla.

10 TRIVA-DIKA, GPPP, 352.

11 ZRSZ: Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (SL SFRJ 43/82, 72/82; NN 53/91, 88/01).

1.2.2.2. Odluke o procesnim pitanjima

Kada ne odlučuje presudom, sud odlučuje rješenjem (129/3.; 342.-347.). U tom su smislu rješenja opći tip odluka koje sud donosi u parničnom postupku.

Rješenjem se odlučuje i o odbacivanju pravnih lijekova protiv presuda (žalba - 358., 366.; revizija - 389., 392.; ponavljanje postupka – 425.).

U određenim slučajevima sudovi koji odlučuju o devolutivnim pravnim lijekovima protiv presuda, rješenjem prihvaćaju te pravne lijekove. Tako će žalbeni sud kad prihvati žalbu (369., 370.), odnosno revizijski kad prihvati reviziju (394., 396/1.), rješenjem ukinuti pobijanu odluku i predmet vratiti na ponovno suđenje, odnosno odbaciti tužbu. Jedino kad utvrde da je pobijanom odlukom suđeno ultra petita, žalbeni i revizijski sud rješenjem ukidaju tu presudu u dijelu u kojem je prekoračen tužbeni zahtjev (369/5., 396/2.). Ako nađe da je prijedlog za ponavljanje postupka osnovan, sud koji o njemu odlučuje u pravilu će rješenjem ukinuti pobijanu odluku (427/2., 5.).

Značenje specifičnog rješenja (o upravljanju postupkom) imaju pozivi koje sud upućuje strankama i drugim sudionicima u postupku.

Značenje posebne vrste kondemnatornih (naredbodavnih) rješenja imaju rješenja kojima sud sudionicima u postupku (strankama, njihovim zastupnicima, umješacima, svjedocima, vještacima, trećima koji su dužni edirati isprave, itd.) nalaže određeno ponašanje tijekom postupka – poduzimanje određenih radnji, trpljenje ili propuštanje, a koja se u pravilu mogu prisilno nametnuti: u određenim slučajevima izravnim (npr. novčanim i zatvorskim kaznama), a u nekim posrednim sankcijama (npr. davanjem sudu ovlaštenja da iz nepokoravanja stranke izvede odgovarajuće zaključke i izrekne za to predviđene posljedice).

1.2.3. Kondemnatorna, konstitutivna i deklaratorna rješenja

Prema svom pravozaštitnom sadržaju i rješenja mogu biti kondemnatorna, deklaratorna i konstitutivna.

Meritornim rješenjima u parničnom postupku odlučuje se o meritornim kondemnatornim zahtjevima, pa će ta rješenja biti kondemnatorna kad se njima prihvaća zahtjev, a deklaratorna kad se odbija, analogno kao i kod presuda kojima se odlučuje o kondemnatornim zahtjevima.

Procesna rješenja mogu biti i kondemnatorna i deklaratorna i konstitutivna. Značenje kondemnatornog procesnog rješenja ima npr. rješenje kojim se svjedok, vještak ili treći pozivaju (kojima im se nalaže) da dadu iskaz, obave vještačenje ili predaju neku ispravu, rješenje kojim se tim osobama time nalaže da postupe na naznačeni način, da obave određenu radnju. Značenje kondemnatornih procesnih rješenja ima i naredba sudskoj pisarnici za poduzimanje određenih radnji, premda bi se takva rješenja, zapravo, mogla svrstati u kategoriju, tzv. naredbodavnih rješenja (njem. Anordnungsbeschlüsse), rješenja kojima jedno službeno tijelo izdaje nalog drugom službenom tijelu na poduzimanje određene (aktivne ili pasivne) radnje. Među takva bi rješenja pripadali i «zahtjevi» suca izvjestitelja drugostupanjskog ili

revizijskog suda sucu pojedincu ili predsjedniku vijeća prvostupanjskog suda da dâ određene obavijesti ili da obavi određene izvidaje (361/3., 4.; 399.).

Deklaratorno je, npr. rješenje kojim se utvrđuje da je došlo do prekida (212.), zastoja (215.a) ili obustave (215.b) postupka po sili zakona, da je došlo do mirovanja postupka (216.), da je tužba povučena (193.). Deklaratorna bi bila i rješenja kojima se tužba odbacuje kao nedopuštena. Njima bi se, zapravo, utvrđivalo da tužitelj nema pravo tražiti određenu pravnu zaštitu u konkretnom postupku iz procesnih razloga. Takvo bi značenje imala i odluka kojom bi se odbijao pravni lijek.

Deklaratorna rješenja mogu se razlikovati prema tomu okončava li se njima glavni ili incidentalni postupak u kojemu su donesena ili se njima samo konstatira da je do određene pravne posljedice, npr. okončanja postupka, već došlo povodom određenog događaja, radnje stranke, itd. Značenje rješenja prve kategorije imalo bi npr. rješenje o odbacivanju tužbe kojim bi se, ako se prihvati standardno nesporno stajalište doktrine o tome, utvrđivalo da tužba nije dopuštena, odnosno, prema varijanti koju inače zastupa autor ovoga rada, da tužitelj nema pravo na traženu pravnu zaštitu iz postupovnih razloga, koje bi, međutim, analogno kao i presuda o odbijanju tužbenog zahtjeva, konstitutivno okončavala postupak pred sudom koji ju je donio (učinak rješenja o odbacivanju tužbe kao pravno relevantne činjenice).¹² Deklaratorna rješenja druge kategorije bila bi u biti rješenja koja bi se donosila u incidentalnom dopunskom postupku koji se nastavlja na postupak u kojemu je odnosna pravna posljedica nastupila i kojima bi se utvrđivalo nastupanje te pravne posljedice (npr. prestanak glavnog postupka), ali bi se istovremeno njihovim donošenjem konstitutivno dovršavao i sam taj incidentalni postupak. Donošenjem tog rješenja ispunjavala bi se njegova pravozaštitna zadaća (konstitutivni učinak deklaratornog rješenja kao pravno relevantne činjenice). Značenje takvih rješenja imalo bi, npr., rješenje o obustavi postupka koje se donosi u slučaju u kojemu je postupak prestao uslijed smrti stranke u sporu o nenasljedivim pravima (215. b) ili rješenje kojim se konstatira da je tužba povučena, zapravo rješenje kojim se konstatira da je glavni postupak okončan nastupanjem pravne posljedice povlačenja tužbe. Ta bi rješenja imala značenje rješenja kojima bi se izriječom, na pravno obvezujući način (u pravilu nakon njihove pravomoćnosti), potvrđivalo nastupanje odgovarajuće postupovnopravne posljedice u prethodnom glavnom postupku. Donošenjem tog rješenja okončavao bi se i taj nastavni incidentalni postupak.

Konstitutivna su rješenja rješenja o izuzeću sudaca (71.), rješenja kojima sud određuje prekid postupka (213.), rješenja o određivanju i produženju sudskih rokova (111.-113.), o zakazivanju, otkazivanju ili odgodi ročišta (114.-116.), rješenje kojim se dopušta povrat u prijašnje stanje (117.), rješenje kojim se dopušta

12 Može se tvrditi da je rješenje o odbacivanju tužbe konstitutivna odluka, odluka kojom se okončava postupak pred prvostupanjskim sudom zato što je tužba nedopuštena, zato što za meritorno odlučivanje u povodu nje, nisu ispunjene pozitivne procesne pretpostavke ili zato što takvo odlučivanje priječe negativne procesne pretpostavke. Takvo bi rješenje impliciralo utvrđenje o nepostojanju prava na traženu pravnu zaštitu u konkretnom postupku iz postupovnopравnih razloga.

objektivna preinaka tužbe unatoč protivljenju tuženika (190/2.), rješenje o spajanju ili razdvajanju postupaka (313.), rješenja o ukidanju pobijanih odluka u povodu pravnih lijekova (369., 370., 394., 395., 396, 427.), itd.

1.2.4. Potpuna, nepotpuna, djelomična, dopunska i završna rješenja

Prema opsegu predmeta, odlučivanja i rješenja bilo bi moguće podijeliti na potpuna, nepotpuna, djelomična, dopunska i završna rješenja

Meritorna rješenja mogu biti potpuna (npr. rješenje zbog smetanja posjeda - 443.; platni nalog - 446., 447.; rješenje o naknadi troškova postupka - 164.; manifestacijsko rješenje - 325.a). Ona mogu, analogno kao i odgovarajuće presude, biti nepotpuna, djelomična, dopunska i završna.

Procesna rješenja mogu biti **potpuna** kad se njima u cijelosti odlučuje o onome o čemu bi njima trebalo odlučiti, npr. rješenje o odbacivanju tužbe u cijelosti, o prekidu postupka u cijelosti, itd. Neka bi od njih, analogno kao i odgovarajuće presude, mogla biti:

- **djelomična**, npr. rješenje kojim bi se odlučilo o prekidu, zastoju, obustavi i mirovanju postupka samo povodom nekog od istaknutih zahtjeva, ili u odnosu prema nekom od običnih suparničara ili prema nekom od spojenih postupaka; rješenje o odbacivanju dijela tužbe s obzirom na neki od istaknutih zahtjeva ili s obzirom na nekog od običnih suparničara, odnosno rješenje o odbacivanju tužbe kojom je pokrenut samo neki od spojenih postupaka, itd.;

- **dopunska**, npr. rješenje kojim se naknadno odlučuje o prekidu postupka u odnosu prema običnom suparničaru s obzirom na koji to nehotice nije učinjeno, a trebalo je biti; rješenje kojim se tužba odbacuje i u odnosu na zahtjev s obzirom na koji je to nehotice propušteno učiniti prethodnim takvim rješenjem, itd. Značenje specifičnih dopunskih rješenja imala bi i deklaratorna rješenja kojima se konstatira nastupanje određene postupnovpravne posljedice, npr. obustava postupka, povlačenje tužbe itd., dakle, rješenja koja se donose u incidentalnim postupcima koji se nastavljaju na postupak u kojemu je nastupila određena pravna posljedica, čija je pravozaštitna svrha na postupnovpravno obvezujući način verificirati nastupanje te pravne posljedice. Tim bi se rješenjima istodobno okončavao taj nastavni incidentalni postupak;

- **završna**, kada bi se njime dopunski odlučivalo o svim onim pitanjima o kojima nije, a trebalo je odlučiti prethodnim odlukama. Značenje takvog rješenja imalo bi, npr., rješenje kojim bi se tužba odbacila i u odnosu na neki od zahtjeva ili u odnosu na nekog od suparničara u odnosu na koji ili kojeg to nije bilo učinjeno prethodnim djelomičnim ili nepotpunim takvim rješenjem.

1.2.5. Međurješenja i konačna rješenja

Meritorna bi rješenja u načelu mogla biti donesena i kao međurješenja, uz ispunjenje onih pretpostavaka koje trebaju biti ispunjene da bi se mogla donijeti međupresuda (330.). Tako bi se odluka o troškovima najprije mogla donijeti o osnovi,

a zatim o visini. Povodom mandatne tužbe ne bi se mogao donijeti «međuplatni nalog». Isto je tako teško zamislivo da bi se moglo donijeti i međurješenje zbog smetanja posjeda.¹³

Teško je zamislivo da bi se procesna rješenja mogla donositi najprije u obliku međurješenja, nakon kojega bi se odlučilo o iznosu nečega.

1.2.6. Vrste rješenja prema njihovoj pravozaštitnoj funkciji

1.2.6.1. Općenito

Prema svojoj pravozaštitnoj funkciji (svrsi), zapravo prema značenju odlučivanja i učincima, rješenja bi se mogla podijeliti na rješenja kojima se postupak povodom inicijalnog akta koji sadrži meritorni zahtjev dovršava, rješenja o upravljanju postupkom i rješenja s obvezujućim konačnim unutarpostupovnim učinkom.¹⁴

1.2.6.2. Rješenja kojima se postupak u povodu inicijalnog akta koji sadrži meritorni zahtjev dovršava¹⁵

Meritorna rješenja mogu imati, analogno kao i presuda, značenje odluke kojom se – u cijelosti ili djelomično – dovršava postupak pred sudom određenog stupnja u povodu meritornog zahtjeva kojim je pokrenut, ali i definitivno nakon što pravni lijekovi protiv nje budu odbijeni. U tom se smislu dovršavaju: posesorna parnica rješenjem kojim se odlučuje o zahtjevu zbog smetanja posjeda (129/2., 443.), postupak za izdavanje platnog naloga platnim nalogom (129/4., 446., 447., 450.), incidentalni postupak odlučivanja o troškovima postupka rješenjem o troškovima postupka (v. 75/5., 6., 129/5., 156., 299.), prvi stadij postupka u povodu stupnjevite tužbe manifestacijskim rješenjem (325.a/1.), incidentalni asekurativni postupak rješenjem o određivanju privremenih mjera (292. OZ 96¹⁶), incidentalni postupak kažnjavanja rješenjem o izricanju kazni (10., 110., 248., 255., 263., 318.).¹⁷ Analogno bi vrijedilo i za rješenja koja se donose povodom dopuštenih pravnih lijekova protiv navedenih meritornih rješenja, pri čemu bi značenje takvih meritornih rješenja

13 Jedan bi se takav primjer, ipak, mogao konstruirati u slučaju u kojemu bi u povodu zahtjeva, kojim bi se pored utvrđenja smetanja posjeda koje je počinjeno oduzimanjem određene količine zamjenjivih stvari tražilo i izricanje naloga tuženiku da preda tu količinu tih stvari, moglo najprije utvrditi da je smetanje počinjeno oduzimanjem neodređene količine stanovitih zamjenjivih stvari te da je tuženik dužan vratiti te stvari u količini koja će biti naknadno određena konačnom odlukom.

14 U tom smislu FASCHING, ZPR, 802., BYDLINSKI, Fasching.Kom., 3., 1327.

15 U austrijskoj se doktrini ova rješenja nazivaju Prozessbeendende Beschlüsse – usp. FASCHING, ZPR, 802., 803., BYDLINSKI, Fasching.Kom., 3., 1328.

16 OZ 96: Ovršni zakon iz 1996. (NN 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 125/05, 67/08, 139/10).

17 U vezi s rješenjima o kažnjavanju treba upozoriti da među njima postoje i ona koja se mogu naknadno opozvati, npr., rješenje o kažnjavanju svjedoka (248/6.) ili vještaka (255.).

imala ona kojima bi se pravni lijek odbio, odnosno pobijana odluka preinačila, a procesnih, ona kojima bi se pobijana odluka ukinula i inicijalni akt (tužba u kojoj je istaknut manifestacijski zahtjev u postupku u povodu stupnjevite tužbe; tužba u sporovima zbog smetanja posjeda; mandatna tužba u postupku za izdavanje platnog naloga; prijedlog za određivanje privremenih mjera; zahtjev za naknadu troškova postupka) odbacio (v. infra).

Procesna rješenja koja bi imala značenje rješenja kojim bi se - analogno kao u povodu presude - dovršavao postupak pred sudom određenog stupnja¹⁸ u povodu određenog inicijalnog akta koji bi sadržavao meritorni zahtjev, ali i općenito nakon što bi pravni lijekovi protiv njega bili odbijeni, bila bi rješenja o odbacivanju tužbe, protutužbe i prigovora radi prebijanja zbog njihove nedopuštenosti, rješenja o odbacivanju zahtjeva za naknadu troškova postupka, rješenja o odbacivanju prijedloga za određivanje privremenih mjera, rješenja kojim bi se odbijali pravni lijekovi protiv takvih rješenja. Značenje takvog rješenja imalo bi i rješenje kojim bi se meritorna odluka suda nižeg stupanja preinačila u povodu pravnog lijeka i inicijalni akt koji bi sadržavao meritorni zahtjev i bio odbačen. Bila bi riječ o rješenjima kojim bi se odlučivalo uopće o okončavanju određenog postupka ili postupka u povodu nekih od istaknutih meritornih incidentalnih zahtjeva.

Specifičnost je navedenih rješenja u tomu što bi se njima odlučivalo o dopuštenosti, odnosno osnovanosti zahtjeva za pružanje pravne zaštite kojim je glavni postupak ili neki incidentalni postupak u okviru toga glavnog ili kao akcesorni uz taj glavni, pokrenut. Upravo bi ona mogla postati pravomoćna i djelovati kao takva, analogno kao i presude, izvan postupka u kojemu su donesena; ona bi i u samom postupku djelovala analogno kao i presude u smislu da bi sud bio za njih vezan čim bi bila objavljena, odnosno otpravljen (334/1.); protiv njih bi u pravilu bila dopuštena samostalna (posebna) žalba (378.); protiv njih bi u načelu, uz iste uvjete kao i protiv presude da je bila donesena u odgovarajućem postupku, bila dopuštena i revizija onda kad bi se njima postupak pravomoćno završavao (400/1.).

Razlika između navedenih meritornih i procesnih rješenja prema drugim rješenjima kojima se postupak pred sudom određenog stupnja o određenom pravnom pitanju okončava bila bi u tomu što bi rješenja prve kategorije dovodila, ako bi pravni lijekovi protiv njih bili odbijeni, definitivno do dovršetka postupka pokrenutog meritornim zahtjevom, dok bi rješenja druge kategorije dovodila samo do okončanja postupka pred sudom određenog stupnja, ali ne i postupka u cijelosti čak i kad bi pravni lijekovi protiv njih bili odbijeni. Tako bi se postupak pred žalbenim sudom okončavao donošenjem rješenja kojim bi se pobijana

18 Bila bi riječ o rješenjima kojim bi se izricalo okončanje određenog postupka u povodu inicijalnih akata koji bi sadržavali meritorne zahtjeve, iako sama po sebi ne bi, dok ne bi stekla određeno svojstvo, dovodila do tog učinka, prestanka postupka, npr. prije nego što bi pravni lijekovi protiv njih bili odbijeni. Tako bi rješenje o odbacivanju tužbe izricalo okončanje postupka u povodu te tužbe, ali bi svoj učinak akta kojim se postupak dovršavao steklo tek kada bi možebitna (dopuštena) žalba ili čak i revizija protiv njega, bile odbijene ili odbačene.

prvostupanjska presuda ukinula i predmet vratio prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje, ali se postupak pokrenut tužbom ne bi dovršavao – on bi se morao ponovno provesti pred prvostupanjskim sudom. Slično bi vrijedilo i za rješenja kojima bi se konačno odlučivalo o određenim postupovnopравnim pitanjima pred sudom određenog stupnja, ali kojima se postupak pokrenut inicijalnim aktom, koji bi sadržavao meritorni zahtjev, ne bi dovršavao.

1.2.6.3. Rješenja o upravljanju postupkom

Zakonske osnove za posebnu kategoriju rješenja o upravljanju postupkom mogu se pronaći u: odredbi prema kojoj protiv rješenja o produljenju roka nije dopuštena žalba (111/4.); odredbi prema kojoj protiv rješenja o odgodi ročišta nije dopuštena žalba (116/3.); odredbi prema kojoj je sud tijekom pripremanja glavne rasprave do ročišta za glavnu raspravu ovlašten odlučivati, između ostaloga, o svim pitanjima koja se tiču upravljanja postupkom (278/1.); odredbi prema kojoj protiv odluka koje donosi sud tijekom pripremanja glavne rasprave, a koje se odnose na upravljanje postupkom, nije dopuštena žalba (278/2.); odredbi prema kojoj je sudu prepušteno da odluči o tome hoće li o određenim procesnim prigovorima raspravljati i odlučivati odvojeno od glavne stvari ili zajedno s njom (301/1.); odredbi prema kojoj sud nije vezan za svoje rješenje koje se odnosi na rukovođenje glavnom raspravom (311/4.), odnosno odredbi prema kojoj protiv rješenja koje se odnosi na rukovođenje raspravom nije dopuštena posebna žalba (311/5.); odredbi prema kojoj je sud vezan za svoja rješenja ako se ona ne odnose na upravljanje parnicom (343/2.); drugim odredbama o rukovođenju glavnom raspravom (311.-315.), itd.

U austrijskoj se doktrini rješenja o upravljanju postupkom definiraju kao ona koja «služe svrhovitom i uspješnom formiranju i vođenju postupka»,¹⁹ kao ona koja nemaju svoju samostalnu svrhu i koja nemaju svoj vlastiti život izvan postupka u kojemu su donesena,²⁰ a koja sud može u svako vrijeme izmijeniti i prilagoditi ih izmijenjenoj situaciji, između kojih pripadaju dokazna rješenja te svi pozivi i naredbe potrebni za provođenje postupka.²¹

Osnovna bi obilježja rješenja o upravljanju postupkom bila određena njihovom pravozaštitnom funkcijom: ona bi trebala omogućiti uspješno razvijanje i provedbu postupka radi ostvarenja njegove pravozaštitne svrhe. Iz takve bi njihove instrumentalnosti proizlazilo:

- da ona nemaju nikakav samostalni pravozaštitni cilj, zbog čega bi se njihova uloga iscrpljivala u postupku u kojemu su donesena i ne bi proizvodila nikakve učinke izvan tog postupka;

- da sud u načelu ne bi smio biti vezan s njima zato što se okolnosti o kojima ovisi provedba postupka u sadržajnom i formalnom smislu, a koje bi se mogle ticati

19 Od starijih autora usp. SPERL, *Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege*, 1930., 525., na koga se poziva i FASCHING, ZPR, 803.

20 Usp. FASCHING, ZPR, 803.

21 Usp. FASCHING, ZPR, 803.

stranaka, suda ili samog postupka, osobito rezultata dokazivanja, često mijenjaju, zbog čega bi iz razloga procesne nužde ili svrhovitosti način njegove provedbe i poduzimanja određenih radnji trebao prilagoditi tim promjenama;

- da bi način utvrđivanja pretpostavaka za njihovo donošenje, postupak njihovog donošenja, objave, dostave i djelotvornosti trebali biti tome prilagođeni,
- da protiv njih u načelu ne bi uopće bili dopušteni pravni lijekovi, odnosno da ne bi bili dopušteni samostalni pravni lijekovi.

Među rješenja o upravljanju postupkom pripadala bi rješenja o određivanju i produljenju sudskih rokova, o zakazivanju, otkazivanju i odgodi ročišta, o spajanju i razdvajanju parnica (313.), o polaganju predujma za pokriće troškova za poduzimanje određenih radnji u postupku, o dostavi sudskih pismena, o mjerama za ispravljanje podnesaka (arg. ex 109., 278/1.), o slanju tužbe na odgovor, odnosno o izravnom zakazivanju prvog ročišta (arg. ex 284.), o određivanju i izvođenju dokazivanja (289., 290., 300., 303/2.), o tome hoće li se o određenim procesnim prigovorima raspravljati i odlučivati odvojeno od glavne stvari ili zajedno s njom (301.), o zaključenju i ponovnom otvaranju glavne rasprave (304., 305.), o isključenju javnosti (309.), u načelu o rukovođenju glavnom raspravom (311.-315.), itd.

1.2.6.4. Rješenje s obvezujućim konačnim unutarpostupovnim učinkom

Pored navedene dvije kategorije rješenja, dakle rješenja kojima se postupak pokrenut meritornim zahtjevom okončava i rješenja o upravljanju postupkom, u parničnom se postupku donose i razna druga rješenja, rješenja za koja bi bilo zajedničko da se njima postupak na postupovnoppravno obvezujući način oblikuje, razvija (njem. *Verfahrensgestaltende Beschlüsse*), rješenja kojima bi sud ili konačno odlučivao o određenim međusporovima ili na postupovnoppravno obvezujući način određivao daljnji razvitak postupka. S obzirom na njihovo postupovnoppravno značenje i učinke bila bi riječ o posebnoj kategoriji prijelaznih rješenja između rješenja kojima se postupak okončava i rješenja o upravljanju postupkom.

Razlika bi između tih rješenja i onih kojima se postupak okončava bila u predmetu odlučivanja i u tome što ne bi djelovala izvanpostupovno kao ta druga rješenja, osim, eventualno, kao pravno relevantne činjenice:²² rješavanjem određenih unutarpostupovnih spornih pitanja, odnosno determiniranjem osnova za daljnji razvitak postupka, tim bi se rješenjima u postupovnoppravnom smislu posredno pripremalo donošenje odluke kojom će se okončati postupak. Ta bi se rješenja, s druge strane, razlikovala od rješenja o upravljanju postupkom po svom unutarpostupovnom obvezujućem učinku, po tome što bi mogla steći internu

22 FASCHING, *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*, band III., 1966., 823., kao primjer takvog djelovanja naveo je vezujući učinak rješenja protiv svjedoka čiji je zahtjev za oslobođenje od svjedočenja odbijen kao neosnovan u kasnijoj parnici za naknadu štete koju je stranka zbog toga zatražila od njega (§ 326/1., 2. öZPO). Usp. i BYDLINSKI, *Fasching. Kom.*, 3. 1329.

pravomoćnost, što bi sud i stranke za njih bili vezani, te što ih sud ne bi mogao izmijeniti.

U austrijskoj se doktrini u rješenja ove grupe svrstavaju: 1. rješenja kojima sudovi koji odlučuju o pravnim lijekovima ukidaju pobijane odluke i stvar vraćaju na ponovno suđenje te 2. odluke o međusporovima, npr. o procesnim prigovorima, o dopuštanju mijesanja, o odobrenju pomoći u postupku, o dopuštenju preinake tužbe, itd.²³ U rješenja ove kategorije pripadala bi, međutim, i rješenja kojima bi se konstatirale promjene do kojih bi dolazilo u razvitku postupka (npr. rješenja kojima bi se konstatirao prekid, obustava, zastoj, mirovanje postupka), odnosno rješenja kojima bi se one konstituirale (npr. rješenje kojim se određuje prekid postupka),²⁴ itd.

1.2.7. Rješenja s obzirom na postupak koji je prethodio njihovom donošenju

Prema postupku koji je prethodio njihovom donošenju rješenja bi se mogla podijeliti na ona kojima je prethodilo kontradiktorno raspravljanje (kontradiktorna rješenja) i ona koja su utemeljena na izravnim ili posrednim dispozicijama stranaka (dispozitivna rješenja).

Meritorna rješenja mogu svakako biti rješenja koja će sud donijeti na temelju raspravljanja (kontradiktorna rješenja) i ona koja će donijeti na temelju izravnih (rješenje na temelju priznanja; rješenje na temelju odricanja) ili posrednih (rješenje zbog ogluhe, rješenje zbog izostanka, rješenje bez održavanja rasprave) dispozicija, analogno kao što može donijeti i takve presude.

Procesna rješenja u pravilu su kontradiktorna jer su norme na temelju kojih se donose redovito kogentne prirode.

2. ODGOVARAJUĆA PRIMJENA PRAVILA O PRESUDI

U odredbama koje uređuju sudske odluke (glava 23., glava 24.) težište je na presudi kao glavnoj vrsti sudskih odluka, dok su odredbama koje se izravno tiču rješenja utvrđene samo specifičnosti te vrste odluka. Zbog toga je u glavi 24. o rješenju bilo potrebno predvidjeti da se stanovite odredbe o presudi na odgovarajući način primjenjuju i na rješenje (347.). To je izrijeком predviđeno za: odredbe o paricijskom roku (328., 347.); odredbu da presuda prema strankama ima učinak tek od dana kad im je dostavljena (334/2., 347.); odredbu po kojoj, kad se glavna rasprava održava pred vijećem, presudu donose predsjednik vijeća i članovi vijeća koji su sudjelovali na ročištu na kojemu je glavna rasprava zaključena (335/2., 347.); odredbu po kojoj se pri objavi presude može saopćiti da je sud odlučio da se o odmjeravanju troškova naknadno odluči, u tom će slučaju u sporovima koje sudi

23 Usp. FASCHING, ZPR, 803., BYDLINSKI, Fasching.Kom., III., 1329.

24 BYDLINSKI, Fasching.Kom., 3., 1329., odluku o prijedlogu za prekid postupka navodi kao rješenje koje bi pripadalo među rješenja kojima se odlučuje o međusporovima.

vijeće troškove odmjeriti predsjednik vijeća, a odluka će se unijeti u pisani sastav presude (336/2., 347.); odredbe o pismenoj izradi i dostavi presude (337., 337.a, 347.); - odredbe o sadržaju presude (338., 347) te odredbe o dopunskoj presudi (339.-341., 347.); - odredbe o ispravljanju presude (342., 347.).

Iako to nije izrijekom predviđeno, na rješenje bi na odgovarajući način trebalo primjenjivati i odredbe o pravomoćnosti (333.). Na to izravno upućuje odredba prema kojoj se pravomoćna rješenja o izrečenim kaznama izvršavaju prema odredbama Zakona po službenoj dužnosti (346.). To posredno proizlazi iz odredaba o učincima rješenja i mogućnosti izjavljivanja pravnih lijekova protiv njih. Zaključak o tome može se izvesti iz odredaba koje se tiču nekih meritornih rješenja koja se mogu donijeti u posebnim postupcima. Tako se u vezi s postupkom zbog smetanja posjeda izrijekom govori o pravomoćno završenom postupku (445.), dok se u vezi s platnim nalogom navodi da u dijelu u kojem nije napadnut prigovorom postaje pravomoćan (450/2.). Za neka se procesna rješenja izrijekom kaže da mogu biti pravomoćna, pa je u tom smislu, npr., izrijekom predviđeno: da će sud, nakon pravomoćnosti rješenja kojim se oglasio nenadležnim (17., 20.), ustupiti predmet nadležnom sudu ili jednom od više izberivo nadležnih sudova (21/1.); da umješač do pravomoćnosti rješenja kojim se odbija njegovo sudjelovanje može sudjelovati u postupku i da se njegove parnične radnje ne mogu isključiti (207/2.); da će se, dok se postupak u povodu rješenja o obustavi postupka pravomoćno ne završi, glede rokova itd. primjenjivati na odgovarajući način pravila o prekidu postupka, osim ako posebnim odredbama o obustavi nije drukčije propisano (215.b).

Odredbe bi se o pravomoćnosti presude mogle primjenjivati na ona rješenja kojima bi sud bio vezan, protiv kojih bi bila dopuštena žalba i/ili drugi pravni lijekovi, neovisno o tome bi li bili suspenzivni ili nesuspenzivni, dakle, ne i na rješenja o upravljanju postupkom kojima sud nije vezan.

Po prirodi stvari na odgovarajući bi način na rješenje bilo potrebno primjenjivati i druge odredbe o presudi, osim ako za određena pitanja ne bi posebnim odredbama o rješenju bilo drukčije predviđeno, odnosno ako to ne bi bilo protivno prirodi određenih rješenja. Tako bi, kad su u pitanju meritorna rješenja, prihvaćanje kondemantornih zahtjeva u pravilu bilo uvjetovano dospijecom tražbine s obzirom na koju su istaknuti do zaključenja glavne rasprave (326., 186.c), odnosno, u sporovima male vrijednosti, do zaključenja prethodnog postupka (461.a, 461.g), itd.

Odgovor na pitanje koje bi još odredbe o presudi bilo moguće primjenjivati na rješenje mogao bi se posredno izvesti iz odredaba o razlozima zbog kojih se pravni lijekovi mogu izjaviti protiv rješenja. Naime, one od odredaba o presudi zbog povrede kojih bi se mogli podnositi i pravni lijekovi protiv rješenja, primjenjivale bi se na odgovarajući način i na rješenja (arg. ex 354., 378., 385.).

U posebnim bi postupcima za rješenja bile primarno na odgovarajući način mjerodavne specifične odredbe o presudama u tim postupcima, a tek supsidijarno odredbe o presudama u redovnom postupku – na način i u mjeri u kojoj bi se odredbe o presudama u redovnom postupku primjenjivala na presude u posebnim postupcima.

II.

DONOŠENJE, SADRŽAJ, FORMA I UČINCI RJEŠENJA

I. DONOŠENJE, SADRŽAJ I FORMA RJEŠENJA

1.1. Donošenje rješenja

Za donošenje rješenja bile bi mjerodavne opće odredbe o donošenju sudskih odluka (129.-132.), ako općenito za rješenja ili pojedine njihove vrste ne bi bilo izrijekom predviđeno što drugo.

Rješenja se u pravilu donose na temelju raspravljanja. Ipak, platni se nalog izdaje bez održavanja ročišta i to prije nego što je tuženiku omogućeno da odgovori na tužbu (arg. ex 446., 447., 448.). Slično se i privremene mjere mogu u parničnom postupku odrediti prije nego je protivniku omogućeno da se izjasni o prijedlogu za njihovo određivanje, dakle ex parte (278., 435., 442. ZPP; 36., 37., 294. OZ 96).

S druge se strane procesna rješenja mogu u pravilu donijeti i bez održavanja rasprave. Tako su sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća ovlašteni:

- nakon prethodnog ispitivanja tužbe izvan (pripremnog) ročišta odlučivati: o stupanju prethodnika u parnicu (210.), o sudjelovanju umješača (206., 207.), o osiguranju dokaza (272.-276.), o preinaci tužbe (190.-192.), o troškovima postupka u slučaju povlačenja tužbe (158., 164/8.), o prekidu ili mirovanju postupka (212.-215.,²⁵ 216-217.), o privremenim mjerama osiguranja (435., 442. ZPP; 292.-307. OZ 96.), o spajanju parnica i o razdvajanju postupka (313.), o određivanju sudskih rokova ili njihovu produljenju (111.-113.), o zakazivanju ročišta ili njihovoj odgodi (114-116.), o povratu u prijašnje stanje zbog propuštanja roka ili ročišta (117.-122.a), o oslobodenju stranke od plaćanja troškova postupka (172.-177.), o osiguranju parničnih troškova (82. ZRSZ), o polaganju predujma na ime troškova za poduzimanje pojedinih radnji u postupku (153.), o postavljanju privremenog zastupnika (84.-86.), o dostavi sudskih pismena (133.-149.b), o mjerama za ispravljanje podnesaka (109.), o urednosti punomoći (98.) te o svim pitanjima koja se tiču upravljanja postupkom (278/1.), osim ako nije riječ o pitanjima o kojima se po prirodi stvari ili prema odredbama Zakona odluka može donijeti tek u daljnjem tijeku postupka (280.);

- nakon prethodnog ispitivanja tužba, kad utvrde da je tužba nerazumljiva ili nepotpuna, ili da postoje nedostaci koji se tiču sposobnosti tužitelja ili tuženika da budu stranke u parnici, ili nedostaci u pogledu zakonskog zastupanja stranke, ili nedostaci koji se odnose na ovlaštenje zastupnika da pokrene parnicu kad je takvo ovlaštenje potrebno, poduzeti radi otklanjanja tih nedostataka potrebne mjere predviđene Zakonom (83., 109) (281.);

- izvan ročišta za glavnu raspravu o ispravljanju podneska odlučivati: o postavljanju privremenog zastupnika (84.-86.), o urednosti punomoći (98.), o polaganju

²⁵ Analogno bi vrijedilo i za zastoj (215.a) te obustavu postupka (215.b).

predujma na ime troškova za poduzimanje pojedinih radnji u postupku (153.), o oslobođenju od plaćanja troškova postupka (172.-177.), o osiguranju parničnih troškova (82. ZRSZ), o dostavi sudskih pismena (133.-149.b), o osiguranju dokaza (272.-276.), o privremenim mjerama osiguranja (435., 442. ZPP; 292.-307. OZ 96), o prekidu, zastoju, obustavi i mirovanju postupka (212.-218.), o troškovima postupka u slučaju povlačenja tužbe (164/8.), o zakazivanju ročišta i njihovoj odgodi (114.-116.), o spajanju parnica (313.) te o određivanju rokova i njihovom produljivanju (111.-113.) (312/1.), ali i o postavljanju zahtjeva zamoljenom sudu da se u postupku pred njime obave potrebni ispravci ili dopune – nakon što prime zapisnik o izvođenju dokaza (312/2.).

Ipak, i u slučajevima u kojima bi se neka rješenja u načelu mogla donijeti bez održavanja ročišta o ocjeni bi suda zapravo ovisilo bi li radi utvrđivanja osnova (premissa) za njihovo donošenje trebalo održati ročište, npr., radi izvođenja dokaza, omogućavanja protivnoj stranci da se izjasni, itd.

Iznimno, neka se procesna rješenja, međutim, (u pravilu) donose tek nakon ročišta na kojem se raspravljalo ili se moglo raspravljati o pitanju o kojem njime treba odlučiti, npr.: rješenje kojim će se odlučiti o prijedlogu za povrat u prijašnje stanje (121/2.); rješenje o odbacivanju tužbe zato što o tužbenom zahtjevu već teče parnica, zato što je stvar pravomoćno presuđena, zato što je o predmetu spora sklopljena sudska nagodba ili zato što ne postoji pravni interes tužitelja za podnošenje tužbe za utvrđenje (288/2.); rješenje kojim se odlučuje o osnovanosti prijedloga za ponavljanje postupka (426., 427.).

Kada se glavna rasprava održava pred vijećem, rješenje donose predsjednik vijeća i članovi vijeća koji su sudjelovali na ročištu na kojemu je glavna rasprava zaključena (335/2., 347.). Ova je odredba o sastavu u kojemu se donose rješenja na glavnoj raspravi održanoj pred vijećem ili nakon nje izraz načela neposrednosti.

Rješenja se ne donose u ime Republike Hrvatske (arg. ex 335/1., 347.).

1.2. Sadržaj i forma

1.2.1. Općenito

U pogledu sadržaja i oblika rješenja primjenjuju se na odgovarajući način odredbe o sadržaju i obliku presude (338., 347.). Pritom pismeni sastav rješenja treba sadržavati uvijek uvod i izreku, a obrazloženje samo ako rješenje mora biti obrazloženo (345/1., 2.). Budući da se rješenja ne donose i ne objavljuju u ime Republike Hrvatske (arg. ex 335/1., 347.), pismeno redigirano rješenje ne treba sadržavati odgovarajuću naznaku.

Ako se rješenjem nalaže činjenje (kondemnatorno rješenje), u dispozitivu treba odrediti paricijski rok (328/1., 347.), kada je to potrebno (arg. ex 23. OZ 96).

1.2.2. Obrazloženje rješenja

1.2.2.1. Meritorna rješenja

Meritorna bi rješenja u načelu trebala biti obrazložena (347.), između ostaloga i stoga što su u pravilu kontradiktorna. Dispozitivna bi rješenja trebala sadržavati reducirano obrazloženje analogno kao i dispozitivne presude (338/5., 347.). I meritorna rješenja, analogno kao i presude, ne bi morala biti obrazložena ako bi se stranke nakon objave odrekle prava na žalbu i ako ne bi izrijeком zatražile da rješenje koje će im biti dostavljeno bude obrazloženo – u takvom će slučaju sud samo naznačiti da su se stranke odrekle prava na žalbu i da stoga rješenje nije obrazloženo (338/6., 347.).

Platni nalog jedini od meritornih rješenja u osnovi sadrži samo uvod i izreku te pouku o pravnim posljedicama nepravovremenog podnošenja pravnog lijeka (448/2.).

1.2.2.2. Procesna rješenja

Procesno rješenje mora biti obrazloženo: 1. ako se njime odbija prijedlog stranke (345/1.)²⁶ ili 2. ako se njime rješava o prijedlozima stranaka koji su između sebe u opreci (345/1.). Procesno rješenje može biti obrazloženo i u drugim slučajevima kad je to potrebno (345/1.).

Treba uzeti da bi uvijek trebalo biti obrazloženo i rješenje kojim bi se prihvaćao zahtjev (prijedlog) jedne od stranaka prije nego što bi se protivniku omogućilo da se izjasni o njemu – takvo bi rješenje (u pravilu) sadržajno i funkcionalno odgovaralo rješenju kojim bi se odlučivalo o prijedlozima stranaka koji bi međusobno bili u opreci, s time da bi ovdje bila riječ o predmnijevanoj opreci. U suprotnom bi se protivniku bitno ograničilo pravo da raspravlja pred sudom, pravo koje bi se ovdje očitovalo u pravu na podnošenje pravnih lijekova protiv rješenja koje bi (u načelu) za njega bilo nepovoljno. To bi proizlazilo iz naravi parnice kao procesnog odnosa dviju stranaka sa suprotstavljenim pravnim i interesnim pozicijama. Značenje takvog meritornog rješenja imalo bi rješenje kojim bi se određivale privremene mjere osiguranja u parničnom postupku, neovisno o tomu bi li se ono donosilo povodom prijedloga jedne od stranaka ili po službenoj dužnosti,²⁷ ali i rješenja o oslobađanju od prethodnog snošenja troškova postupka.²⁸

26 U tom je smislu suđeno da rješenje kojim se odbija prijedlog za povrat u prijašnje stanje treba biti obrazloženo (OS ZG: Gž-172/87 - PSP 35/160).

27 Rješenje o određivanju privremene mjere mora biti i onako obrazloženo (294/5. OZ 96).

28 Treba uzeti da bi u načelu bilo u interesu stranke da se njezin protivnik neosnovano ne oslobađa od prethodnog snošenja troškova postupka, npr. od toga da predujmljuje sredstva za pokriće troškova izvođenja dokazivanja jer bi se time protivnik ohrabrivao da predlaže irelevantne dokaze, koje inače ne bi predlagao kada bi unaprijed trebao financirati njihovo izvođenje.

U rješenju kojim odbija prijedlog za izvođenje dokaza sud treba (usmeno, što će, ipak, biti zapisnički konstatirano – arg. ex 123., 124.) iznijeti razlog odbijanja (300/2.). Budući da protiv tog rješenja nije dopuštena posebna žalba (300/3.), ono bi u načelu trebalo biti uneseno u presudu kojom se okončava postupak i tamo (ponovno dodatno) obrazloženo (338/4.).

Rješenje o isključenju javnosti mora biti (usmeno) obrazloženo i javno objavljeno (309/1.). S obzirom na to da protiv tog rješenja nije dopuštena posebna žalba (309/2.), ono bi u načelu trebalo biti uneseno u presudu kojom se okončava postupak i tamo pismeno obrazloženo.

Sadržaj bi obrazloženja procesnog rješenja u načelu trebao odgovarati sadržaju obrazloženja presude (338/4., 347.).

U slučajevima u kojima bi se stranke nakon proglašenja procesnog rješenja odrekle prava na žalbu, te ako ne bi izriekom zatražile da se rješenje koje će im biti dostavljeno bude obrazloženo, rješenje ne bi trebalo posebno obrazložiti, već bi bilo dovoljno da se samo naznači da su se stranke odrekle prava na žalbu i da zbog toga ono nije obrazloženo (338/6., 347.).

U slučajevima u kojima bi se na ročištu objavljeno rješenje unosilo samo u sudski zapisnik bilo bi moguće da se razlozi za njegovo donošenje navedu bez odvajanja izreke od obrazloženja (npr.: "Odbija se prijedlog tuženika za odgodu ročišta zato što je imao dovoljno vremena pripremiti se za raspravljanje").²⁹

Okolnost da rješenje ne bi bilo obrazloženo u slučajevima u kojima bi trebalo biti, predstavljala bi, tzv. apsolutno bitnu povredu odredaba parničnog postupka – takvo se rješenje ne bi moglo ispitati (354/2.11.). Zbog takve bi se povrede rješenje moglo pobijati žalbom (354/2.11., 378.1.) i, uz ispunjenje odgovarajućih pretpostavaka, revizijom (400.).

1.3. Dopunsko rješenje

U pogledu mogućnosti predlaganja donošenja te donošenja dopunskog rješenja vrijedilo bi na odgovarajući način ono što je propisano za predlaganje donošenja i donošenje dopunske presude (339.-341., 347.).

1.4. Ispravljanje rješenja

Za ispravljanje bi rješenja vrijedilo na odgovarajući način ono što je propisano za ispravljanje presude (342., 347.).

²⁹ U tom smislu za austrijsko pravo BYUDLINSKI, Fasching, Kom., 3., 1331., dopuštajući tu mogućnost barem u jednostavnim slučajevima u kojima nema bojazni da će zbog toga rješenja postati nepregledno.

2. OBJAVA I DOSTAVA RJEŠENJA

2.1. Objava rješenja

Za razliku od presuda, koje je sud u načelu dužan objaviti (335.), rješenja se u pravilu objavljuju samo ako su donesena na ročištu – njih tada objavljuje sudac pojedinac ili predsjednik vijeća (343/1.).

Rješenja se, za razliku od presuda, ne objavljuju u ime Republike Hrvatske (arg. ex 335/1., 347.). Ako bi, ipak, bila tako objavljena, to ne bi utjecalo na njihovu valjanost.

Rješenja koja sud donosi izvan ročišta saopćavaju se strankama dostavom ovjerenog prijepisa rješenja (344/1.).

Izložena pravila trebala bi u načelu vrijediti i za meritorna rješenja. Ipak, kad je riječ o rješenju zbog smetanju posjeda (438., 443.) i o manifestacijskom rješenju (325.a), trebalo bi zauzeti stajalište da bi u pogledu njihove objave u osnovi trebala vrijediti pravila o objavi presuda. Platni se nalozi javno ne objavljuju jer se izdaju prije nego što je protivnoj stranci omogućeno da se izjasni o tužbi (446., 447.) i ona o njima saznaje tek nakon dostave (448.). Rješenja o troškovima postupka sadržana u presudi mogu se javno objaviti kad i presuda o glavnoj stvari (335., 336.), s time da se prigodom objave presude može priopćiti da će se o odmjeravanju troškova naknadno odlučiti. U tom slučaju troškove u sporovima koje sudi vijeće odmjerava predsjednik vijeća, a odluka se unosi u pisani sastav presude (336/2.). Analogno bi vrijedilo i za rješenje o troškovima postupka prigodom objavljivanja rješenja kojim bi se postupak okončavao, npr. prigodom objavljivanja rješenja o odbacivanju tužbe (336/2., 347.).

2.2. Dostava rješenja

Pravila o dostavi rješenja ovise o tomu je li rješenje objavljeno na ročištu ili nije. Rješenje koje je objavljeno na ročištu strankama se dostavlja, doslovno prema Zakonu, u ovjerenom prijepisu:

1. ako je protiv njih dopuštena posebna žalba (443/2.), to znači da će se i ta rješenja u pravilu dostavljati jer je žalba protiv rješenja u pravilu dopušteni pravni lijek (378/1.); ili

2. ako se na temelju njih može odmah tražiti ovrha (443/2.), dakle ako su kondemnatorna i ovršna; ili

3. ako to zahtijeva upravljanje parnicom (443/2.), što znači da bi i rješenje o upravljanju postupkom strankama moglo biti dostavljeno u pisanom obliku.

U ostalim bi se slučajevima stranke trebale zadovoljiti prijepisom zapisnika u kojemu bi bilo uneseno rješenje (123., 124.).

Međutim, budući da rješenja moraju biti obrazložena ako se njime odbija prijedlog stranke ili ako se njime rješava o prijedlozima stranaka koji su međusobno u opreci, odnosno u drugim slučajevima kad je to potrebno (345/1.), postavlja se

pitanje bi li se i sva ta rješenja morala strankama dostavljati u pisanom obliku i kad ne bi spadala u neku od kategorija objavljenih rješenja koja se dostavljaju u ovjerenom prijepisu, ili bi se strankama s obrazloženjem dostavljala samo ona od navedenih rješenja koja moraju biti obrazložena, koja bi im se morala dostaviti u pisanom obliku unatoč tomu što su objavljena. Čini se da bi izloženu dvojbu trebalo riješiti u smislu da bi usmeno na ročištu objavljena rješenja koja ne treba dostaviti u ovjerenom prijepisu trebalo usmeno obrazložiti kad spadaju u neku od kategorija rješenja koja treba obrazložiti i to obrazloženje unijeti u zapisnik s ročišta. Strankama se ne bi dostavljao njihov ovjereni prijepis s obrazloženjem, već, eventualno, preslika zapisnika.

Rješenja koja sud donosi izvan ročišta saopćavaju se strankama dostavom ovjerenog prijepisa rješenja (344/1.). Ipak, ako se rješenjem odbija prijedlog jedne stranke bez prethodnog saslušanja protivne stranke, ovoj se drugoj stranci rješenje neće dostaviti (344/2.). Bila bi riječ o rješenju koje se donosi izvan ročišta o zahtjevu (prijedlogu) o kojemu protivnoj stranci nije omogućeno da se (pismeno izvan ročišta ili usmeno na ročištu) izjasni zato što se njime taj zahtjev odbija. Iako se u Zakonu govori samo o rješenjima kojima se odbija prijedlog stranke, trebalo bi, arg. *a maiori ad minus*, uzeti da se protivnoj stranci ne bi dostavljala ni rješenja o odbacivanju prijedloga.

S aspekta ustavnog i konvencijski postuliranog prava na pravično suđenje (29/1. URH,³⁰ 6/1. EK)³¹ izloženom bi se pravilu po kojemu se rješenje kojim se odbija prijedlog jedne stranke bez prethodnog saslušanja protivne stranke ne dostavlja drugoj stranci (344/2.), pravilu koje propisuje samo jednostranačku dostavu, moglo prigovoriti utoliko što bi ono (potencijalno) ograničavalo (otežavalo) mogućnost protivne stranke da raspravlja u postupku, osobito onda kad bi se protiv rješenja o odbijanju ili odbacivanju prijedloga mogla izjaviti posebna ili nesamostalna žalba. U takvim će slučajevima protivna stranka, naime, tek iz žalbe saznati da je donesena određena odluka i tek će onda naknadno morati pribavljati građu potrebnu za pripremu odgovora, onda kad bi na to uopće bila ovlaštena (381.). Onemogućavanjem protivnoj stranci da se izjasni o prijedlogu druge stranke, onemogućilo bi se da iznese dopunske ("jače") razloge zbog kojih bi trebalo odbiti ili odbaciti prijedlog, osobito onda kad bi protiv rješenja bila dopuštena jednostrana žalba (381.), dakle kad protivna stranka ne bi u odgovoru na žalbu mogla iznijeti te argumente. S druge strane, upravo okolnost da žalba protiv rješenja može biti i dvostrani pravni lijek (onda kad se rješenjem okončava postupak pred prvostupanjskim sudom – 381.) nameće dodatnu potrebu da se, *de lege ferenda*, preispita zakonodavno rješenje prema kojemu se o prijedlozima jedne strane može odlučiti prije nego što se protivniku omogući da se o njima izjasni, odnosno zakonodavno rješenje prema kojemu protivnik ne samo da ne mora saznati za odluke kojima se ti prijedlozi odbijaju ili odbacuju, već ne može ni sudjelovati u možebitnom žalbenom postupku protiv tih odluka.

30 URH: Ustav Republike Hrvatske.

31 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1952. (NN MU proč. 6/99, 8/99, 1/06, 2/10).

O dostavi rješenja vrijede u načelu opća pravila o dostavi (133.-149.b). Fizičkoj se osobi koja ne obavlja registriranu djelatnost te fizičkoj osobi koja obavlja tu djelatnost u sporovima koji se ne tiču te djelatnosti platni nalog i rješenja protiv kojega je dopuštena posebna žalba dostavljaju osobno, odnosno njezinom zakonskom zastupniku, odnosno punomoćniku (142/1.1.). Ostala rješenja dostavljaju se tim osobama osobno kad je to Zakonom izrijekom predviđeno ili kada sud smatra da je zbog priloženih isprava u izvorniku ili zbog kojeg drugog razloga potrebna veća opreznost (142/1.2.).

Platni se nalog dostavlja objema strankama (448/3.) zajedno s primjerkom tužbe i priložima (448/4.).

Rješenje o nastavljanju prekinutog postupka dostavlja se osobno stranci koja nije stavila prijedlog za nastavljanje postupka (142., 215.), treba uzeti ako je riječ o fizičkoj osobi koja ne obavlja registriranu djelatnost, odnosno o fizičkoj osobi koja ju obavlja u sporovima koji se ne tiču te djelatnosti. Analogno bi vrijedilo i za rješenja o nastavku zastalog (215.a) i umirenog postupka.

3. UČINCI RJEŠENJA

3.1. Općenito

Sud je vezan svojim rješenjima od objavljivanja, a ako se ne objavljuju od otpremljanja (334/1., 347.), osim ako se ona ne odnose na upravljanje parnicom ili ako Zakonom nije što drugo određeno (443/3.). Za ovu bi vezanost, iako se u odredbama o rješenju ne upućuje na odgovarajuću primjenu odredaba o vezanosti suda za presudu (334/1., 347.), trebalo vrijediti ono što je u pogledu nje predviđeno za presudu (334/1.). Ta se vezanost ne tiče samo nemogućnosti izmjene donesenog rješenja koje se ne odnosi na upravljanje postupkom, već i njezinih objektivnih, subjektivnih, vremenskih, postupovnih i teritorijalnih granica.

Suđeno je da rješenje kojim se dopušta povrat u prijašnje stanje nije rješenje o upravljanju postupkom i da je sud stoga vezan uz to rješenje.³²

Kad se rješenje ne dostavlja pismeno, ono prema strankama ima učinak čim je objavljeno (443/4.), iz čega bi, a contrario, trebalo zaključiti da bi rješenja koja se dostavljaju pismeno prema strankama imala učinak tek nakon što bi im bila dostavljena, analogno kao što presuda djeluje prema strankama tek od dana kad im je dostavljena (334/2., 347.).

Iako se u u članku 347. ZPP-a među odredbama o presudi, čija je odgovarajuća primjena izrijekom predviđena i na rješenje, ne navode i odredbe članka 333. ZPP-a o pravomoćnosti presude, trebalo bi uzeti da bi i rješenja u načelu mogla steći svojstvo pravomoćnosti analogno kao presude, osim ako ne bi bila riječ o rješenjima o upravljanju postupkom za koja sud nije vezan, odnosno ako za pojedina od njih ne

32 ŽS ZG: Gž-67/97 - ING PSP 1998-8-182.

bi izrijekom bilo propisano da sud za njih nije vezan, iako nemaju značenje rješenja o upravljanju postupkom (arg. ex 443/3.).

Pravomoćnost bi rješenja nastupala analogno kao i kod presude (348., 381.). Ako protiv rješenja ne bi bila dopuštena posebna žalba, ono bi stjecalo to svojstvo tek istekom roka za žalbu protiv konačne odluke kojom se može pobijati i to rješenje (378/2.).

Kondemnatorna bi rješenja mogla postati ovršna, dok bi konstitutivna mogla proizvesti svoj preobražajni učinak. Rješenja bi mogla djelovati dokazno kao javne isprave te kao pravno relevantne činjenice.

3.2. Meritorna rješenja

Meritorna rješenja bi izvan dvojbe morala moći djelovati izvan parnice u kojoj su donesene, što znači da bi djelovala prejudicijelno, analogno kao i presude ovisno o tomu jesu li deklaratorna, kondemnatorna ili konstitutivna (12/1., 2.). Ona bi djelovala i kao negativna procesna pretpostavka: o pitanjima koja bi njima bila riješena ne bi se smjelo ponovno suditi (288/2., 333/2.). Pritom bi ta rješenja u načelu djelovala prejudicijalno tek kad bi postala pravomoćna, dok bi kao negativna procesna pretpostavka mogla djelovati i prije pravomoćnosti na temelju pravila o zabrani dvostruke litispendencije (194/3.).

Dokazna snaga meritornih rješenja očitovala bi se analogno kao i dokazna snaga presuda. U tom bi smislu ona u određenim slučajevima mogla biti ne samo ovršna, već i osigurljiva i prije pravomoćnosti, analogno kao i nepravomoćne presude.

Na to da rješenja o naknadi troškova postupka u načelu stječu svojstvo pravomoćnosti upućuju odredbe prema kojima se ovrha na temelju nekih od njih može tražiti i prije pravomoćnosti (75/6., 122.a, 149.a, 149.b, 156/3., 164/6., 248/6., 255/3. ZPP; 23. OZ 96). Za tzv. manifestacijsko rješenje zaključak se o tomu može izvesti iz odredbe prema kojoj žalba protiv njega ne odgađa ovrhu (325/1.), što znači da može biti ovršno prije pravomoćnosti (arg. ex 23. OZ 96). Rješenje zbog smetanja posjeda nedvojbeno može postati pravomoćno (333., 438., 445.). U dijelu u kojemu nije napadnut prigovorom platni nalog postaje pravomoćan (450/2.). Rješenja o određivanju privremenih mjera mogu postati pravomoćna (19., 23., 294. OZ 96). Pravomoćna rješenja o kaznama izrečenim u parničnom postupku izvršavaju se po službenoj dužnosti (346.)

Pravomoćna meritorna rješenja mogla bi biti ovršna, proizvoditi preobražajni učinak, djelovati kao pravno relevantna činjenica i imati učinke javne isprave analogno kao i presude odgovarajućeg sadržaja i svojstava.

Pravomoćna rješenja o kaznama izrečenim po odredbama Zakona (10., 110, 248., 255., 318.) ovršavaju se, treba uzeti nakon što postanu pravomoćna, po službenoj dužnosti (346.). Rješenja o izrečenim kaznama bila bi meritorna rješenja kojima bi se rješavalo glavno pitanje u incidentalnom postupku kažnjavanja. Odluke o kažnjavanju djelovale bi izvanpostupovno analogno kao i pravomoćne odluke o nekim sporednim zahtjevima, npr. o troškovima postupka.

Po službenoj bi se dužnosti ovršavala i neka rješenja o naknadi troškova postupka (176., 177.) te rješenja kojima je sud po službenoj dužnosti izrekao privremenu mjere (435/1., 442.).

Pravomoćna odbijajuća meritorna rješenja djelovala bi samo s obzirom na razlog zbog kojega su donesena, tj., kada je riječ o rješenju kojim se odbija neki zahtjev, zabrana ponovnog suđenja ticala bi se (u pravilu) razloga zbog kojeg je zahtjev odbijen.

3.3. Procesna rješenja

3.3.1. Pravomoćnost

Procesna rješenja također mogu postati pravomoćna, osim ako se ne tiču upravljanja parnicom ili ako Zakon ne određuje drukčije (343/3.). U tom je smislu izrijeком predviđeno da pravomoćno može postati rješenje: kojim sud obustavlja parnični postupak zato što je utvrdio da ga treba provesti po pravilima izvanparničnog postupka (19/1.); kojim se sud oglašava nenadležnim (21/1.); kojima se odbija sudjelovanje umješača (207/2.); o obustavi postupka (215.b), itd. Zaključak o tome može se izvesti i iz odredbe o načelnoj suspenzivnosti žalbe protiv rješenja (378/1.), ali i iz odredbe da se revizijom mogu pobijati drugostupanjska rješenja kojima je postupak pravomoćno završen u sporovima u kojima bi revizija bila dopuštena protiv drugostupanjske presude (382., 400/1.).

Pravomoćna procesna rješenja kojima se postupak pravomoćno završava, npr. rješenje o odbacivanju tužbe, djelovala bi kao negativna procesna pretpostavka: novu bi tužbu podnesenu između istih stranaka o zahtjevu koji je bio istaknut u odbačenoj tužbi trebalo odbaciti, osim ako se ona ne bi upirala na drukčijoj činjeničnoj osnovi koja bi je činila dopuštenom, dakle ili na činjeničnoj osnovi koja nije bila uzeta u obzir prigodom donošenja rješenja o odbacivanju, ili na činjeničnoj osnovi koja je pritom bila uzeta u obzir, ali dopunjenoj novim činjenicama koje ne bi bile obuhvaćene pravomoćnošću prethodnog rješenja o odbacivanju (nova producta). Tako bi tužbu koja bi bila odbačena zbog nedostatka jurisdikcije bilo moguće ponovno podnijeti ako bi hrvatski sud zbog naknadno nastalih okolnosti postao nadležan. U pogledu onoga što bi činilo osnovu odbacujućeg pravomoćnog rješenja vrijedilo bi na odgovarajući način ono što vrijedi za određivanje osnove odbijajuće presude.

Treba uzeti da bi pravomoćno rješenje kojim bi parnični postupak bio obustavljen zato što se utvrdilo da bi postupak trebalo provesti po pravilima izvanparničnog postupka (19.) djelovalo obvezujuće za nadležni sud koji bi ga trebao nastaviti po pravilima izvanparničnog postupka, stoga što nije predviđen poseban postupak o sukobu procedura kakav je inače predviđen kad je u pitanju sukob nadležnosti (22.-24.).

Kad je riječ o rješenjima kojima bi se konstatiralo ili određivalo okončanje postupka, situacija je ipak donekle specifična. Naime, s jedne bi strane rješenje kojim bi bilo utvrđeno da je tužba povučena (193.) ili da je došlo do obustave postupka

(215.b) djelovalo kao negativna procesna pretpostavka u odnosu na svaki prijedlog za nastavak postupka, dakle unutarpostupovno, dok bi s druge takva pravomoćna rješenja djelovala dokazno u smislu da bi se u novom postupku u kojemu bi o istoj stvari i među istim strankama bilo otvoreno pitanje osnovanosti prigovora dvostruke litispendencije moralo uzeti da više ne teče parnica u povodu povučene tužbe, odnosno parnica koja je obustavljena. Ta bi rješenja kao javne isprave (231.) dokazivala nepostojanje određene procesne smetnje.

Ostala bi pravomoćna procesna rješenja proizvodila svoje relevantne učinke, dakle djelovala prejudicijelno,³³ dokazno i preobražajno, kao negativna procesna pretpostavka i općenito kao pravno relevantna činjenica u pravilu samo interno. U postupku u kojemu bi bila donesena sudovi bi bili vezani uz njihov sadržaj. Tako bi pravomoćno prvostupanjsko rješenje kojim bi bio odbijen prigovor sudske nenadležnosti (301/1.) protiv kojega ne bi bila izjavljena žalba vezivalo taj sud,³⁴ ali ne i više sudove budući da bi se žalba protiv konačne odluke mogla izjaviti bez ikakvog ograničenja zato što ju je donio apsolutno nenadležni sud; pravomoćno rješenje kojim bi bio odbijen prigovor sudske nenadležnosti protiv kojega bi posebna žalba bila odbijena, a ono potvrđeno, vezivalo bi drugostupanjski sud koji bi odlučivao o žalbi protiv presude, ali ne i revizijski sud jer se redovna revizija (onda kada je dopuštena) bez ikakvog ograničenja može podnijeti zato što je drugostupanjska presuda donesena o zahtjevu u sporu koji ne ide u sudsku nadležnost (arg. ex 354/2.2., 385/1.1.).³⁵ Odgovarajuće bi vrijedilo i za prigovore da sud nije stvarno i mjesno nadležan,³⁶ da o istom zahtjevu već teče parnica, da je stvar pravomoćno presuđena, ili da je o predmetu spora sklopljena sudska nagodba (301/1.).

Pravomoćna rješenja kojima se sudovi oglašavaju nenadležnima ograničeno bi djelovala prema sudovima kojima bi predmet bio ustupljen kao nadležnima. Oni bi, naime, mogli izazvati sukob o nadležnosti (22/1., 23.-24.), osim ako o žalbi protiv rješenja kojim se sud oglasio nenadležnim ne bi odlučio drugostupanjski sud koji bi bio nadležan za rješavanje sukoba o nadležnosti između suda koji se oglasio nenadležnim i onoga kome je predmet ustupljen (arg. ex 22/3., 4.).

33 Osim kad bi bila riječ o prejudicijalnom učinku kondemnatorne odluke na temelju koje bi bio pokrenut poseban ovršni postupak, u kojemu bi sud bio vezan uz sadržaj utvrđenja o postojanju tražbine i legitimacije.

34 Pitanje sudske nenadležnosti više se ne bi moglo otvarati tijekom prvostupanjskog postupka, osim ako se nakon trenutka na koji bi se odnosila pravomoćnost toga rješenja činjenično stanje ne bi tako izmijenilo da bi opravdavalo ponovno odlučivanje.

35 U suprotnom bi se moralo prihvatiti mogućnost prešutne prorogacije jurisdikcije domaćih sudova. Riječ je, međutim, o obliku sudske (ne)nadležnosti na nedostatak kojega se pazi po službenoj dužnosti do pravomoćnosti glavne odluke, odnosno zbog povrede pravila o kojemu je redovna revizija uvijek dopuštena.

36 Zbog ove povrede revizija ne bi bila dopuštena (arg. ex 354/2.3., 385/1.1.).

3.3.2. Ovršnost

Kondemnatorna su procesna rješenja, uključujući i ona o upravljanju postupkom,³⁷ potencijalno ovršna.

Rješenje protiv kojega bi bila dopuštena posebna žalba postalo bi ovršno tek nakon što bi postalo pravomoćno i nakon što bi protekao paricijski rok, osim ako izrijekom ne bi bilo propisano da žalba protiv njega ne odgađa ovrhu (arg. ex: 328., 347., 378/1. ZPP; 23/5. OZ 96). Rješenje koje bi moglo postati ovršno prije nego što bi postalo pravomoćno, postalo bi ovršno istekom možebitnog paricijskog roka (328., 347. ZPP; 23. OZ 96). U oba bi navedena slučaja paricijski rok počeo teći narednog dana po danu dostave ovjerenog prijepisa rješenja. Naime, ovjereni prijepis rješenja strankama treba uvijek dostaviti kako onda kada je protiv rješenja dopuštena posebna žalba, tako i onda kada takva žalba nije dopuštena, ali se na temelju njega ovrha može (odmah) tražiti (arg. ex 328., 343/2., 347.). Zbog toga bi takva rješenja prema strankama imala učinak tek nakon što bi im bila dostavljena (arg. ex 343/4.).

Rješenja kojima bi se strankama naložilo ispunjenje neke činidbe, a koja ne bi bilo moguće prisilno ostvariti jer bi sudu bilo prepušteno da ocijeni od kakva je značenja to što stranka nije postupila u skladu s izdanim nalogom,³⁸ ne bi mogla steći svojstvo ovršne isprave.

3.3.3. Preobražajni učinak

Procesna bi konstitutivna rješenja svoj preobražajni učinak proizvodila redovito tek nakon što bi postala pravomoćna. Iznimno, ona bi ga proizvela i neovisno o tom svojstvu kada je to izrijekom propisano. Tako žalba protiv rješenja kojim je sud odredio prekid postupka ne zadržava nastupanje njegovih pravnih učinaka (213., 218.).

Protiv rješenja kojim se dopušta povrat u prijašnje stanje žalba, osim zbog određenih razloga, nije dopuštena. Ipak, sama mogućnost podnošenja žalbe i okolnost da je ona podnesena zbog razloga zbog kojih se može podnijeti djelovala bi suspenzivno na nastupanje preobražajnog učinka (378/1.).

Rješenja sudova koji odlučuju u povodu devolutivnih pravnih lijekova kojima se pobijane odluke ukidaju i predmet vraća sudu nižeg stupnja (na ponovno suđenje: 369/4., 370., 371., 375/3., 394/1., 394.a, 395/2., 396/1., odnosno radi održavanja nove glavne rasprave: 369/1.1.) pravomoćna su jer se ne mogu pobijati niti jednim

³⁷ Tako za austrijsko pravo i BYDLINSKI, Fasching.Kom., 3. 1331.

³⁸ Tako je sud, koji je stranci naložio da uplati predujam za pokriće troškova izvođenja nekog dokaza, ovlašten odustati od njegova izvođenja ako taj predujam ne bude uplaćen u roku koji joj je za to određen, te po svojem uvjerenju, s obzirom na sve okolnosti, cijeniti od kakve je važnosti što stranka nije u roku položila iznos potreban za podmirenje troškova (153/3.). Sud je, također, s obzirom na sve okolnosti, ovlašten cijeniti od kakva je značenja što stranka koja drži ispravu neće postupiti po rješenju kojim joj se nalaže da podnese ispravu ili protivno uvjerenju suda poriče da se ona nalazi kod nje (233/5.).

pravnim lijekom (arg. ex 400.). Ona su obvezujuća za sudove nižeg stupnja. U tom je smislu sud nižeg stupnja kojemu je predmet vraćen na ponovno suđenje dužan: novu (glavnu) raspravu održati pred drugim sucem pojedincem, odnosno pred vijećem u izmijenjenom sastavu ako mu je to u ukidajućem rješenju naredio sud višega stupnja (371., 399/1.); izvesti sve parnične radnje i raspraviti sva sporna pitanja na koja je upozorio sud višega stupnja u svom ukidnom rješenju (377/1., 399/1.). Pritom bi bila riječ, o tzv. naredbodavnim odlukama, odlukama kojima bi jedno tijelo izdavalo nalog drugom tijelu na poduzimanje određene radnje, odlukama koje, iako bi sadržavale nalog na poduzimanje određenih radnji, ne bi bile izravno ovršne. Nižestupanjski sud ne bi se mogao prisiliti da postupi u skladu s tim nalozima. Suci toga suda bi zbog nepostupanja u skladu s njima mogli eventualno biti pozvan na stegovnu odgovornost.

3.3.4. Dokazni učinak

Dokazni učinak procesnih rješenja kao javnih isprava očituje se analogno kao i dokazni učinak presuda.

3.3.5. Djelotvornost prije pravomoćnosti

Mnoga procesna rješenja, čak i ona koja se ne odnose na upravljanje postupkom, postaju djelotvorna prije nego što postanu pravomoćna, i to ili zato što se strankama ne dostavljaju pismeno pa zato prema njima djeluju čim su objavljena (343/4.), ili zato što je izrijekom predviđeno da žalba protiv njih ne odgađa ovrhu, ili njihovu djelotvornost općenito, odnosno zato što protiv njih nije dopuštena posebna žalba pa bi već zbog toga postala odmah ovršna (379/2.). Navedena bi rješenja proizvodila svoj dokazni, prejudicijalni, ovršni i konstitutivni učinak, odnosno učinak pravno relevantne činjenice prije pravomoćnosti – od objavljivanja, odnosno od dostave njihovog pismenog otpravka, a kad je u pitanju ovršnost, od isteka paricijskog roka nakon što bi potencijalnom ovršeniku bio dostavljen njegov ovjereni prijepis (arg. ex 343/2.).

Rješenja koja ne bi imala značenje rješenja o upravljanju postupkom i protiv kojih žalba ne bi bila dopuštena postala bi pravomoćna i time djelotvorna čim bi bila donesena (343/4.), osim ako ne bi bilo predviđeno da se strankama pismeno dostavljaju, a takva su uvijek rješenja na temelju kojih se može tražiti ovrha, kad bi to svojstvo stekla tek dostavom (343/2., 379/2.).

Žalba protiv rješenja kojim se utvrđuju (212.) ili određuje (213.) prekid postupka te protiv rješenja kojim se utvrđuje mirovanje postupka (216.) ne zadržava nastupanje pravnih učinaka rješenja (218/1.). Odgovarajuće bi trebalo vrijediti za rješenja o zastoju postupka (215.a), odnosno o obustavi postupka (215.b).

3.3.6. Posebno o učincima rješenja o upravljanju postupkom

Rješenja o upravljanju postupkom (uključujući i rješenja o izvođenju dokaza) ne vežu sud koji ih je donio (343/3.) Ona, međutim, djeluju prema strankama sve dok ih sud ne izmijeni, stavi izvan snage, ukine itd. (arg. ex 343/4.).

Nevezanost suda za rješenje o upravljanju postupkom trebalo bi shvatiti u smislu da bi sud o pravnom pitanju koje je njime riješeno mogao zauzeti drukčiji stav ne samo: 1. ako bi se nakon njihova donošenja činjenično stanje tako izmijenilo da bi to opravdavalo ili 2. ako bi tome u prilog govorila činjenična osnova koja je doduše postojala u vrijeme njegova donošenja, ali koja pritom nije bile uzeta u obzir, već i 3. ako bi sud naknadno, na temelju neizmijenjenog činjeničnog stanja, došao do zaključka da bi to trebalo učiniti. Sud bi tako mogao (ali ne bi morao) postupiti na inicijativu stranke ili po službenoj dužnosti. U slučajevima u kojima bi stranka izjavila protiv takvog rješenja žalbu kad bi ona (iznimno) protiv takvog rješenja bila dopuštena kao poseban pravni lijek, sud bi bio ovlašten sam remonstrativno odlučiti o takvoj žalbi tako što bi je prihvatio,³⁹ čak i kada ne bi bila pravovremena.⁴⁰ Sud bi, međutim, mogao u povodu toga pravnog lijeka izmijeniti svoje rješenje, čak i u slučajevima u kojima ne bi bio dopušten tretirajući ga kao neobvezujuću inicijativu.

4. SUDSKI POZIVI

4.1. Sudski pozivi

Sudski pozivi parnične su radnje koje, iako često različitog sadržaja, imaju u osnovi značenje priopćenja strankama i drugim sudionicima u postupku odluka kojima sudovi zakazuju ili odgađaju ročišta, određuju ili produžavaju rokove za poduzimanja stanovitih radnji, ali i odluka kojima tim subjektima postavljaju izvjesne zahtjeve, odnosno izdaju naredbe. U tom smislu pozivi po svojoj funkciji odgovaraju ovjerenom prijepisu odluke.

Pozivom na ročište sud može priopćiti strankama i drugim sudionicima svoju konstitutivnu odluku o određivanju ročišta te u toj odluci izriječkom ili prešutno izraženo očekivanje da će oni pristupiti i na njemu poduzimati odgovarajuće radnje, eventualno uz upozorenje na posljedice propuštanja da to učine. Pozivom na ročište sud može izdati nalog određenim sudionicima u postupku, npr. svjedocima, vještacima, tumačima, da pristupe i da na njemu obave određene radnje, također uz možebitno upozorenja na posljedice propuštanja.

Pozivom strankama ili drugim sudionicima da u određenom roku poduzmu izvjesne radnje sud im može priopćiti: svoju konstitutivnu odluku kojom im je dodijelio taj rok, npr. rok protivnoj stranci da edira neku ispravu (233.) ili svoju kondemnatornu odluku kojom im je naložio poduzimanje određene radnje u tom roku, npr. nalog trećem da u određenom roku edira određenu ispravu (234.).

39 U tom smislu za austrijsko pravo FASCHING, ZPR, 806., pozivajući se na § 422. öZPO.

40 U tom smislu za austrijsko pravo BYDLINSKI, Fasching.Kom., III., 1331.

Pozivom određenim tijelima da u određenom roku poduzmu određenu radnju sud im može izraziti svoje očekivanje da oni to učine ispunjavajući svoju službenu dužnost po pravilima o pravnoj pomoći, itd.

Pojedini pozivi bi se mogli redigirati u obliku rješenja ili dopisa određenog sadržaja ili akta određenog sadržaja i forme propisanih Sudskim poslovníkom itd.

Sudski bi pozivi u pravilu imali značenje rješenja o upravljanju postupkom protiv kojih žalba ne bi bila dopuštena i koja bi stoga izravno proizvodila svoje učinke.

III. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Institut rješenja kao vrsta sudskih odluka u izvjesnom je smislu podnormiran, odnosno neadekvatno normiran u Zakonu. Neki od problema što ih izaziva takav pristup ovoj kategoriji sudskih odluka nastojali su se naznačiti u ovom radu, a pokušala su se ponuditi i njihova rješenja. *De lege ferenda* trebalo bi, osobito, ako bi se pristupilo izradi novoga Zakona o parničnom postupku, koji bi vjerojatno imao značenje svojevrsnog “pročišćenog” i “popravljenog” teksta ovog zakonskog instrumenta, odgovarajućim intervencijama impostirati potpunije i određenije uređenje instituta.

Summary

ON THE RULING IN CIVIL PROCEEDINGS

In the article efforts have been made to analyse in details the institute of ruling as a type of decisions rendered in Croatian civil proceedings. The first part of the article is dedicated to the definition of notion, types and legal protective function as well as of categories of decisions including the possibility to subordinately apply the rules governing judgment bearing in mind the need to distinguish between so called procedural solutions based on the merits and "pure" procedural solutions. The second part of the article consists of explanations regarding the specificity of rendering these decisions and their contents, forms and effects paying a special attention to acquisition of the authority of a final decision and to their other effects. It is necessary to keep in mind that some of these decisions cannot have effects out of the proceedings, that is, the fact that such decisions are not mandatory for the court. The final remarks *de lege ferenda* emphasise the need to regulate the institute of ruling in more complete and more specific manner eventually applying certain suggestions which are presented in this article.

Key words: ruling, civil proceedings

Zusammenfassung

ÜBER DEN BESCHLUSS IM PROZESSVERFAHREN

In der Arbeit wird versucht, das Institut des Beschlusses als eine Entscheidungsform im kroatischen Prozessverfahren relativ vollständig zu bearbeiten. Im ersten Teil wird zuerst versucht, den Begriff, die Arten und die Rechtsschutzfunktion sowie die Entscheidungskategorien, einschließlich der Art von subsidiärer Anwendung der Urteilsregel, zu bestimmen, indem man das Bedürfnis nach Unterscheidung zwischen den s.g. meritorischen und den „rein“ prozessualen Beschlüssen in Betracht zieht. Im zweiten Teil der Arbeit werden die Besonderheiten der Entscheidungstreffung sowie ihr Inhalt, ihre Form und Rechtswirkung präsentiert, wobei insbesondere der Rechtskraft und anderer Rechtswirkungen Aufmerksamkeit geschenkt wird, vor allem bezüglich der Möglichkeit, dass manche Entscheidungen außer dem Prozessverfahren keine Rechtswirkung haben, beziehungsweise, dass manche von ihnen ans Gericht nicht gebunden sind. Abschließend wird das Bedürfnis nach vollständiger und bestimmender Institutsregelung *de lege ferenda* konstatiert, was vielleicht durch die in dieser Arbeit vorgestellten Suggestionen realisiert werden kann.

Schlüsselwörter: Beschluss, Prozessverfahren

RIASSUNTO

DEL DECRETO NEL PROCEDIMENTO CONTENZIOSO

Nel lavoro si cerca di trattare con relativa completezza l'istituto del decreto quale genere di decisione nel procedimento contenzioso croato. Nella prima parte si cerca di determinare la nozione, i tipi e la funzione giuridica di questa categoria di provvedimento, come anche l'applicazione in subordine la disciplina della sentenza, tendendo conto dell'esigenza di distinzione tra i c.d. decreti meritori ed i decreti processuali "puri". Nella seconda parte del contributo si illustrano le peculiarità relative all'emanazione di tali provvedimenti e relative al loro contenuto, forma ed effetti; particolare attenzione viene dedicata al passaggio in giudicato ed agli altri effetti giuridici che produce, specie con riferimento alla possibilità che alcuni di questi non sortiscano effetti in via stragiudiziale, ovvero che il giudice non sia da questi vincolato. In conclusione, si constata de lege ferenda la necessità di una disciplina maggiormente compiuta e determinate dell'istituto, prendendo, eventualmente, in considerazione alcuni suggerimenti ivi prospettati.

Parole chiave: decreto, procedimento contenzioso.

GRAĐANSKO PRAVO U USTAVNOM SUDOVANJU

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

UDK: 347::342.565.2
Ur.: 30. studenoga 2011.
Pr.: 6. ožujka 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Pred Ustavnim sudom RH najviše je (oko 85%) predmeta iz područja koje u svojoj ukupnosti pokriva građansko pravo. Ustavni sud primjenjuje Ustav (interpretativno i Europsku konvenciju o ljudskim pravima), ali to su – nasuprot vrlo opsežnom i detaljno reguliranom građanskom pravu - relativno malobrojni, visokoapstraktni i jako općeniti propisi. Podjednako su štetne i nepravilne dvije tendencije: da se Ustavni sud (baš kao i redovni sudovi) bavi samo primjenom zakona (i tako budu nekakav treći ili četvrti stupanj suđenja) ili da se isključivim pozivanjem na Ustav pretvori u suđenje ex aequo et bono. To treba izbjegavati inzistiranjem da je zaštitni objekt Ustavnog suda samo Ustav, ali da prava zaštite te vrijednosti nije moguća bez temeljnog poznavanja i temeljne obrade predmeta sa stajališta građanskog prava. Vjerujemo da Ustavni sud RH ovakve tendencije sve više izražava, da su one sve prepoznatljivije i da će u ukupnosti imati vrlo pozitivan učinak na razvoj ustavnopravnog sustava u RH.

Ključne riječi: *Ustav, Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH, građansko pravo, ustavna tužba, ustavno pravo, ustavnopostupovno pravo, odnos ustavnog i građanskog prava.*

1. UVOD

Na Ustavnom sudu RH – u ukupnoj strukturi svih predmeta – dominiraju (čak s učešćem od oko 85%) građanski predmeti. Oni ne dolaze s jednake razine redovnosudskog odlučivanja; 70% dolaze sa županijskih a oko 30% s Vrhovnog suda RH. U građanskom pravu, općenito gledano, postoji snažna tendencija detaljnog, podrobnog reguliranja svih područja koja spadaju pod građansko pravo¹. Na ustavnom području RH i konvencijskom području Europskog suda za

1 Navedimo samo – primjerice – da ZOO (Zakon o obveznim odnosima) ima 1165 članaka, ZV (Zakon o vlasništvu) oko 400 članaka, ZN (Zakon o nasljeđivanju) više od 250 članaka itd.),

Ljudska prava može se, naprotiv, zapaziti jača sklonost donošenja odluka temeljem malobrojnih i dosta uopćenih načela Ustava odn. Europske konvencije o ljudskim pravima (no uz jako pozivanje na konkretnu sudsku praksu). U uvodu ovoga rada moramo naglasiti da pod „građanskim pravom“ mislimo zapravo na svo privatno pravo (građansko pravo u užem smislu te riječi, trgovačko pravo, obiteljsko pravo, djelomično radno pravo, međunarodno privatno pravo itd.) a također i na postupovna prava nadovezana na ova materijalna prava (građansko postupovno pravo, građansko ovršno pravo, stečajno pravo i sl.). U ovom ćemo radu nastojati prikazati brojne i bitne osobitosti djelovanja Ustavnog suda koje ga „odvajaju“ od redovnog sudovanja. Suprotstaviti ćemo se, međutim, tendencijama da u ustavnom pravu sudsko pravo (u ovoj analizi - građansko pravo) treba „zaboraviti“ i suditi (samo) po specifičnim ustavnim kriterijima.

Građansko pravo ima posebnu socijalnu vrijednost u tome što je izgrađivano kroz dugo godina ljudske povijesti, što je široko prihvaćeno kao pravilo ljudskog suživota i što je stvorilo čvrste standarde ponašanja neovisne od utjecaja dnevnih politike. Stoga je to pozitivan kapital a ne zapreka koju treba „preskakati“ u ustavnom sudovanju.

2. USTAVNI SUD KAO „ČUVAR USTAVA“

U općoj pa i u stručnoj javnosti vrlo se često ustavni sud naziva „čuvarom Ustava“ (Hueter der Verfassung).² Ustavni sud ima primarnu zadaću održavati sklad, harmoniju ukupnog pravnog sustava u državi. Na putu ostvarivanja tih ciljeva stoje brojne poteškoće i objektivni problemi, uključujući i nove kompetencije vezano uz europsko konvencijsko i komunitarno pravo. Ustavni sud, međutim, može postati i „gospodarom Ustava“.³ Radi se o tendencijama gdje se ustavni sudovi tako postave ili se tako razvijaju da svojim odlukama i napose svojim tumačenjima ustavnopravnog sustava „zarobe“ sam Ustav. To nisu nikakva doktrinarna pretjeravanja nego činjenice koje se tu i tamo dosta jasno pojavljuju. Ustavni sud mora biti poput majke koja svoje dijete čuva od svih zala, ali ga ne smije toliko čvrsto

pa – grubo zbrojena – materija civilnog prava sigurno prelazi 4000 zakonskih članaka. S druge strane, sveukupan Ustav RH ne prelazi 150 članaka, od kojih za neposrednu ustavnosudsku primjenu u obzir dolazi samo njih 20 do 30. Tu je i Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH (sa svojih 100-ak članaka, odnosno za ustavno sudovanje njih također 20-ak), a možemo dodati i Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koja - zajedno sa svojim protokolima - ne sadrži više od 150-ak članaka.

2 Slično se navodi i u hrvatskom udžbeniku građanskog postupovnog prava (Triva-Dika, *Građansko parnično postupovno pravo*, Zagreb, 2004.- predgovor sedmom izdanju; autori su posebno dodali da je Ustavni sud „čuvar ustavnosti i zakonitosti“).

3 Navedeno prema S.Rodinu - Razlikovanja u pojmovima prava i ustava (Politička misao 3/98, str. 29.-45.); Vodeći hrvatski udžbenik ustavnog prava (Smerdel-Sokol, *Ustavno pravo*, Zagreb 2006, str. 161.-202.) naglašava da je Ustavni sud „zasebno i u velikoj mjeri autonomno državno tijelo visokog autoriteta čije je prvenstvena zadaća nadzor nad ustavnošću zakona“ (str. 176.).

prigriliti (ni fizički ni psihički) da ometa njegov normalan rast i razvoj. Takvo pravilo vrijedi i za građansko pravo kada uđe u orbitu ustavnog postupka.

Ustav RH sadrži, između ostalog, glavu III. pod nazivom „Zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda“ (čl. 14.-69.). Ti su propisi materijalni temelj odlučivanja Ustavnog suda, jer Ustavni zakon o Ustavnom sudu (NN 49/02) posebno određuje da se ustavna tužba može podnijeti protiv pojedinačnog akta tijela državne vlasti (ne navodi posebno sud ali i sud je tijelo državne vlasti) kojim je „...povrijeđeno ljudsko pravo i temeljna sloboda zajamčena Ustavom ...“(str. 1. čl. 62.). Ovdje moramo reći da osim odlučivanja po ustavnim tužbama Ustavni sud ima i druge nadležnosti (apstraktna kontrola ustavnosti i zakonitosti, rješavanje sukoba nadležnosti između tijela zakonodavne, izvršne i sudbene vlasti i dr.), ali sve to ne predstavlja više od 15% u ukupnoj strukturi predmeta. Apstraktna kontrola propisa (koja nije jako česta ali je iznimno važna) za materiju građanskog prava ne predstavlja specifičnosti u odnosu na ostale grane prava (kazneno, upravno itd.). Stoga će se naša analiza u ovom radu odnositi samo na ustavne tužbe iz oblasti građanskog prava. Citirane odredbe Ustava i Ustavnog zakona zaslužuju kritiku. Očito je, naime, da sva „ljudska prava“ i sve „temeljne slobode“ ne mogu biti predmetom građanskopravne zaštite koja prethodi ustavnosudskom postupku. Austrijski pravni pisci⁴ s pravom naglašavaju da valja razlikovati ljudska prava (Menschenrecht) od građanskih prava (Buergerrechte Rechte). Građansko pravo štiti samo građanska prava (Buergerliche Rechte) i samo ona mogu posljedično doći i pred ustavni sud. Nisu sva ljudska prava ujedno i građanska prava. Taj „filter“ (na prijelazu iz ustavnog u građansko pravo) predstavljaju samo ona ljudska prava koja se ujedno mogu konstruirati i kao subjektivna građanska prava, bilo u imovinskom bilo u neimovinskom smislu te riječi.⁵ Na razini opće apstrakcije stoga se može postaviti bitno pravilo: Ustavni sud odlučuje o povredama ljudskih prava, a redovni građanski sud o povredama građanskih prava. Do izvjesne koincidencije dolazi samo ako povreda građanskog prava predstavlja i povredu ljudskog (ustavnog) prava.

3. MOGUĆA SUKLADNOST ODLUKA REDOVNIH GRAĐANSKIH SUDOVA I USTAVNOG SUDA

Sudovi sude na temelju Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava (čl. 115. st. 3. Ustava RH). Ovakva odredba uglavnom prati tradicionalnu podjelu izvora prava u građanskom pravu (ustav, propisi, pravni običaji, sudska praksa i pravna znanost); za obvezno pravo (kao najobimniji dio

4 Tako Walter/Mayer/Kuesko-Stadlmayer, *Bundesverfassungsrecht*, 10. Aufl., Wien 2007., str. 620; bitna razlika polazi ne samo od toga što ljudska prava imaju svi ljudi, a građanska samo državljani odnosno države. Razlika ide i po tome što u građanska prava (iz ustavnog prava) prelaze samo ona prava koja se mogu konstruirati kao subjektivno pravo u građanskopravnom smislu ove riječi.

5 Tako: E. Russo- *Il concetto di diritto soggettivo*, *Rivista del diritto civile*, Padova, 2008., str. 1.-59.

građanskog prava) valja dodati i ugovor pod uvjetom da ne proturječi prinudnim propisima (tada je ugovor prvi izvor prava).

Sudska praksa i pravna znanost djeluju samo svojim stručno – znanstvenim autoritetom i na neki način su pomoćni, neizravni izvor prava.⁶ Sociološka je činjenica da se sudovi relativno rijetko pozivaju na neko pravilo sudske prakse kao temelj presuđenja. Ako to ponekad i čine – to je gotovo isključivo domaća sudska praksa. Slično je i s pravnom znanošću. Sudac pravo mora poznavati („jura novit curia“) a jedina mogućnost „pozivanja jockera“ odnosi se na informaciju o inozemnom pravu gdje sudac može zatražiti pomoć Ministarstva pravosuđa.⁷

Ustavni sud sudi (samo) temeljem Ustava RH. Takav zaključak nedvojbeno proizlazi iz čl. 62. st. 1. Ustavnog zakona. Ostali tradicionalni izvori prava (zakoni, pravni običaji, sudska praksa, pravna znanost) mogu služiti kao interpretativna, pomoćna sredstva u tumačenju ustavnih odredbi, ali nisu izravan izvor ustavnog prava. Što je s Europskom konvencijom o ljudskim pravima? Konvencija je pravno postavljena kao ratificirani međunarodni ugovor koji je sastavni dio unutarnjeg pravnog poretka RH, a po pravnoj je snazi iznad zakona (čl. 134. Ustava), no njezina pravna snaga nije ravna Ustavu RH, niti je iznad njega. Korisnici i pratitelji odluka Ustavnog suda RH sigurno su zamijetili da se Sud učestalo poziva na Konvenciju i (još više) na odluke Europskog suda za ljudska prava.

Po našoj ocjeni to proizlazi iz objektivne činjenice što je Europski sud za ljudska prava „nadređeni sud“, a sam taj sud i kad odlučuje o predmetima iz RH radije će se služiti odredbama Konvencije nego hrvatskog Ustava.⁸ Ustavni sud, dakle s jedne strane, ima samo jedan pravni izvor temeljem kojeg će odlučivati, ali s druge strane, ima niz konvencijskih propisa i prakse koji unose „zbrku“ stvaranjem novih, u nacionalnom pravu nepostojećih pojmova (npr. pojam „legitimnih očekivanja“).

Ustav RH je dakle pravni izvor za suđenje i za redovne sudove i za Ustavni sud RH. Za redovne sudove to je prvi pravni izvor, za Ustavni sud to je jedini pravni izvor. Ova konsideracija dosta je značajna. Ona negira moguće primjedbe (koje se čuju) da odluke Ustavnog suda kao nekakav „*deus ex machina*“ iz nekog nepoznatog ugla „padnu“ u konkretni sudski postupak i iz nekog misterioznog, ranije nepoznatog razloga miniraju pravorijek građanskog suda. To doista nije točno. Ustavni sud ukida (kad ukida) odluke redovnih sudova samo ako je povrijeđen Ustav. Na povredu Ustava morao je paziti i redovni sud, pa ukidna odluka Ustavnog suda znači da redovni sud nije poštivao odgovarajuću ustavnu odredbu.

Ustavni sud ne pazi na primjenu zakona. Proces primjene zakona dovršava pravomoćnošću odnosno odluke i taj činjenično-pravni stadij isključivo je u rukama redovne građanske pravde. Stoga Ustavni sud nije i ne smije biti nekakav treći ili

6 To je svakako odraz velike kontinentalnopravne tradicije, čije je sastavni dio i građansko pravo u Hrvatskoj (Klarić, P., Vedriš, M., Građansko pravo, Zagreb 2006., str. 23.).

7 Triva-Dika, op.cit., str.184

8 Osobno takav pristup i takvu praksu smatramo pogrešnom. Ona dovodi do supremacije Konvencije nad Ustavom RH i to ne bi bila pravilna tendencija.

četvrti stupanj redovnog suđenja i svako eventualno popuštanje na toj liniji znači nepoštivanje prave, izvorne uloge Ustavnog suda.

Proces ustavnog suđenja, iako dakle ima jedan jedini temelj suđenja (Ustav RH), upravo da bi pravilno primijenio i tumačio Ustav mora proći kroz ponekad tešku fazu „demontaže“ sveukupne pravne regulacije određenog pravnog instituta. Ustavni sud ne kontrolira primjenu zakona (i ne ukida pobijanu odluku zbog eventualne povrede zakona), ali je (napose u složenijim situacijama) neophodno provjeriti primjenu zakona da bi se uopće došlo do jedino relevantne povrede Ustava. Različiti su načini saznavanja sadržaja svih relevantnih izvora građanskog prava u nekom konkretnom slučaju. „Jura novit curia“ mora vrijediti i za ustavno sudovanje.⁹

Ustavno sudovanje bilo bi ne samo bitno osiromašeno nego jednostavno ne bi bilo moguće bez prethodnog punog poznavanja relevantnih izvora građanskog prava na kojima je utemeljen pravorijek redovnog suda koji se pobija pred Ustavnim sudom.

Stvari jednako stoje i s činjenicama. Ako se činjeničnim stanjem ne vlada, odlučivanje Ustavnog suda bit će na vrlo klimavim nogama. Činjenice jesu i moraju biti temelj svakog odlučivanja. Ustavno sudovanje samo po nekim općim načelima a bez temeljite analize izvora građanskog prava temeljem kojeg je redovni sud sudio, moglo bi kompletan građanskopravni sustav učiniti posve nedjelotvornim.

Važeći Poslovnik Ustavnog suda RH (t. 4. st. 1. čl. 31.)¹⁰ daje sucu izvjestitelju pravo tražiti stručna mišljenja o pojedinim predmetima od znanstvenih savjetnika Ustavnog suda.

Poslovnik njemačkoga saveznog ustavnog suda neko je vrijeme sadržavao sličnu odredbu ali se ta mogućnost vrlo rijetko primjenjivala (svega dva puta u 60-godišnjoj povijesti tog suda), sada slična mogućnost u Njemačkoj nije predviđena.

Ustavni sud čine „istaknuti pravници“ (arg. iz st. 1. čl. 122. Ustava RH) pa učestalo obraćanje znanstvenim savjetnicima možda ne doprinosi stručnom i znanstvenom ugledu Ustavnog suda. Konačno, znanje prava treba tražiti u knjižnicama, knjigama i časopisima.¹¹

9 Važenje tog pravila i za Ustavni sud, nužno uključuje barem temelje rasprave je li Ustavni sud „sud“. Po njemačkoj teoriji i praksi jeste (vidi: C. Pestalazza - Die echte Verfassungsbeschwerde Berlin 2006; ugledni tjedni list „Die Zeit“ od 28.9.2011., povodom proslave 60. obljetnice postojanja njemačkog Saveznog ustavnog suda također ističe da je to najviši njemački sud (das hoechste deutsche Gericht). U Hrvatskoj odgovor na ovo pitanje nije tako jednostavan i jednoznačan, ali o tomu ćemo nastavno još govoriti. Osobno smatramo da je Ustavni sud RH *sui generis* ustavni organ, ali s nužno prevladavajućim elementom sudstva. To ujedno daje i naš odgovor na pitanje o primjeni maksime „jura novit curia“ i na Ustavnom sudu.

10 NN 181/03 i 16/06; u trenutku izrade ovog rada u tijeku su pripreme za izradu novog Poslovnika koji u ovom pitanju zadržava postojeće rješenje.

11 Primjera radi njemački Savezni ustavni sud ima knjižnicu koja prelazi 400.000 knjiga, uz godišnji tempo popunjavanja od 6.000 do 7.000 novih knjiga; praćenje relevantnih pravnih časopisa je stalno i takvo da pokriva sva jezična područja svijeta. Ustavni sud RH ulaže napore u ustrojavanju vlastite biblioteke (čl. 85. Poslovnika), ali će tek vraćanjem suda u njegovo

Pravna znanost je izvor i za ustavno pravo odnosno ustavno sudovanje i praćenje i poznavanje pravne znanosti ne može se nadomjestiti pozivom nekom profesoru da on obradi konkretno pitanje. Nijemci takvo mišljenje zovu onako što ono u biti i jeste - pravno vještačenje (ili vještačenje o pravu- Rechtsgutachten), a vještačenja o pravnim pitanjima treba izbjegavati. Takvu mogućnost nema sudac redovnog suda, pa je u najmanju ruku vrlo dvojbena treba li je imati sudac Ustavnog suda.

U ustavnom sudovanju ukida se vrlo mali broj odluka redovnih sudova u građanskim stvarima.¹²

Ovo nije samo odraz dobre primjene zakona redovnih sudova (kako smo već naveli primjenu zakona Ustavni sud ne ispituje) nego primarno rezultat ocjene da u tim suđenjima Ustav nije povrijeđen.

Redovni sudovi u svojim se odlukama rijetko pozivaju na Ustav (što nije dobro), ali ga najčešće sadržajno slijede (otud i tako malo ukidanja).

Premda imaju pravo i obvezu tražiti provjeru ustavnosti zakona i propisa¹³ redovni sudovi to čine vrlo rijetko, čak nedopustivo rijetko.¹⁴

Nekoliko je, međutim, slučajeva kada nastupa nužnost ukidanja odluke redovnog građanskog suda: 1) kada je suđenje bilo „nepravilno“ (arg. iz st. 1. čl. 29. Ustava)¹⁵, 2) kada je doneseni pravorijek, doduše, sukladan zakonu, ali je protivan Ustavu¹⁶, 3) ako je doneseni pravorijek sukladan i zakonu, kada zakon nije protivan

pravo sjedište (Gornji grad) biti stvoreni prostorni i drugi uvjeti za pravilno funkcioniranje knjižnice (biblioteke).

- 12 U Njemačkoj taj postotak ukidanja ne prelazi 2% od ukupnog broja ustavnih tužbi. U Hrvatskoj je taj prosjek nešto veći ali ne bitno (oko 4%). Logično je postaviti pitanje: po čemu onda uspostavljati čitav jedan tako ogroman mehanizam da bi na kraju svega nekoliko postotaka ustavnih tužbi bio usvojen? Potpuni odgovor zahtijevao bi detaljniju analizu, pa ćemo se ovdje zadovoljiti najbitnijim. Stajalište Ustavnog suda da u preko 95 (ili više) postotaka nema povrede Ustava pozitivan je doprinos (i, dakako, pozitivna provjera) stabilnosti ustavnosudskog poretka.
- 13 Sud je dužan i ovlašten podnijeti Ustavnom sudu zahtjev za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom, odnosno pojedine njegove odredbe s Ustavom kad tijekom postupka utvrdi da zakon koji treba primijeniti odnosno pojedina njegova odredba nisu suglasni s Ustavom (str. 1. čl. 37. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH).
- 14 U razdoblju od 20 godina (1991.-2011. god.) redovni sudovi u Republici Hrvatskoj pokrenuli su svega 10 prijedloga za ispitivanje ustavnosti zakona. 30 predmeta odnosilo se na ispitivanje ustavnosti drugih propisa (podaci iz Tajništva Ustavnog suda RH). Bilo bi zanimljivo razmisliti o razlogu ovakve pojave. Sigurno se ne mogu izbjeći dva bitna razloga: nesklonost redovnih sudova da traže ispitivanje ustavnosti propisa i činjenica da Ustavni sud nije dostatno učinkovit (brz) u rješavanju pitanja ustavnosti što onda ionako dugo redovnosudsko postupanje čini još dužim. Ova nezainteresiranost redovnih sudova za ispitivanje ustavnosti zakona iz područja građanskog prava može se braniti i time što su bitni zakoni (ZOO,ZV,ZN) izrađeni na temeljima klasične škole građanskog prava i tu je – objektivno gledano – rizik neustavnosti znatno manji. No, i u tim klasičnim zonama ima dosta modernih dodataka, a – osim toga – u građanskom pravu postoji i drugi zakoni gdje su ustavno najsuspektiji zakoni iz socijalizma i razdoblja tranzicije.
- 15 O tomu ćemo nešto više reći u nastavku.
- 16 Logičan je zaključak da je u takvu slučaju primijenjeni zakon protivan Ustavu. U RH,

Ustavu, ali u konkretnome slučaju izaziva posljedicu suprotnu Ustavu.¹⁷

4. PRIKAZ I ANALIZA NEKIH PRIMJERA NESUKLADNOSTI REDOVNOSUDSKIH I USTAVNOSUDSKE ODLUKE

Ukidanje redovnosudskih odluka zbog nepravičnog suđenja:

U 2010. g. donesene su 123 takve odluke,¹⁸ a nepravičnost je Ustavni sud utvrdio zbog različitih razloga (ograničavanje prava na pristup sudu, povreda načela o socijalnoj funkciji plaće, dopuštenost revizije, problem obrazloženja sudske presude, nepristranost suda, načelo „jednakosti oružja“, zaštita udomiteljstva, itd.).

Ponekad je nejasan, čak dvojben pravni temelj usvajanja ustavne tužbe: u predmetu U-III 13062/2006 od 2. travnja 2008. ukinuta je presuda Vrhovnog suda RH. Podnositelj je u konkretnome valjano kupio jednu benzinsku crpku, ishodio i uknjižbu prava vlasništva, ali su redovni sudovi odbili zahtjev za predaju posjeda tvrdeći da ugovor ipak nije bio valjan budući da je stranac i da nije prije ugovora ishodio dozvolu nadležnog ministarstva. Upravo je ministarstvo pravosuđa potvrdilo da je predlagatelj postupio kako postupaju svi drugi stranci kao kupci koji na sklopljenom (potpisanom) primjerku ugovora samo zatraže suglasnost ministarstva (ta je suglasnost i na taj način u konkretnom slučaju i dobivena. Ustavna tužba je usvojena po čl. 14 st. 2 (jednakost građana) i čl. 48. st. 1. (nepovredivost prava vlasništva), a po našem mišljenju moglo se usvojiti i po čl. 29. st. 1. Ustava RH.

Također nisu isključena ni jača pravna razilaženja s ocjenom redovnih sudova. U predmetu U-III-576/2000 od 24. siječnja 2000., ukinuta je presuda Vrhovnog suda u oblasti neimovinske štete (preinačenje presuda nižih sudova jer su utvrdili da nema „naročito teškog invaliditeta“ u smislu čl. 201. st. 3. ZOO-a). U tom, ali i u jednom sličnom predmetu je Vrhovni sud bitno smanjio iznos dosuđene naknade neimovinske štete. U oba je slučaja Ustavni sud odluke Vrhovnog suda

međutim, nema konkretne kontrole ustavnosti (kao npr. u Njemačkoj ili Sloveniji) pa u ovakvim situacijama Ustavnom sudu RH ne preostaje ništa drugo nego odbiti ustavnu tužbu, a *ex offio* pokrenuti pitanje ustavnosti zakona (tako je npr. učinjeno sa Zakonom o obrtu koji je predviđao imovinsku odgovornost obrtnika samo „sredstvima unijetim u obrt“). Stranka (podnositelj ustavne tužbe) od ovog *ex offio* pokrenutog i zasebno vođenog postupka kontrole ustavnosti u pravilu nema koristi budući da se propis ukida (ako se ukida, a u slučaju Zakona o obrtu odnosno odredba je ukinuta) s učinkom *ex nunc*.

17 Ovo je pravno posebna situacija: da zakon ni u cjelini ni u dijelu nije protivan Ustavu ali u konkretnom slučaju izaziva posljedicu protivnu Ustavu. Sjetimo se npr. da su nekadašnje Opće uzance za promet robom iz 1954. (br. 3. st. 3.) imale pravilo da se neke od uzanci neće primijeniti ako u nekom konkretnom slučaju izazovu posljedicu protivno načelu savjesnosti i poštenja. Sada važeći ZOO sličnu odredbu ne poznaje, ali to ne znači da je navedeno pravilo „nestalo“. Do njega treba dolaziti upravo pravilnom primjenom važećeg ustavnopravnog sustava.

18 Izbor odluka Ustavnog suda RH, Zagreb 2010., str. 117.-337. Na širem znanstveno-teoretskom planu u hrvatskom pravu također je posebno opsežno pojašnjen problem pristupa sudu što ima i vrlo dobre praktične učinke za sudsku i ustavnosudsku praksu. Vidjeti: Pokrovac-Padjen, Zaštita uskrata pravosuđa i prava, Split, 2007.

ocijenio „samovoljnim“.¹⁹

U predmetu U-III-1437/2007 od 23. travnja 2008. ukinuta je presuda nadležnog Županijskog suda gdje su zatvorenici tražili naknadu štete zbog loših uvjeta u zatvoru. Sudovi su se „vadili“ na to da traže naknadu zbog fizičkih bolova ili straha i smanjenje životne aktivnosti a da toga u konkretnom slučaju nema. Ustavni sud je drugostupanjsku odluku ukinuo temeljem st. 1. čl. 25. Ustava RH (čovječno i dostojanstveno postupanje s osuđenima i poštivanje njihova dostojanstva).²⁰

U predmetu U-III-1902/2008 od 20. svibnja 2009. ukinute su odluke o kontaktu djeteta s majkom (jer dijete nije htjelo taj kontakt, što su potvrdili i vještaci). Zahtjev podnositeljice usvojen je po čl. 35. Ustava (pravo na poštovanje obiteljskog života).

U predmetu U-III-1437/2007 od 23. travnja 2007. (navedeno pod 4.3.) Ustavni sud se posebno pozvao na koncept „prava ličnosti“.

Veću „buru“ u općoj i pravničkoj javnosti izazvao je slučaj u predmetu U-III-1373/2009 od 7. srpnja 2009. u kojem je ukinuta odluka nadležnog ministarstva koji je ishodu građevinsku dozvolu (doduše, protivno urbanističkom planu) poništio po pravu nadzora. Podnositelj ustavne tužbe je nakon ishoda građevinske dozvole izvršio je znatan investicijski zahvat (oko 3 milijuna eura) i Ustavni sud je njegovu tužbu, bez obzira što je ministarstvo građevinsku dozvolu poništio unutar zakonom predviđenom roku od 5 godina od dana izdavanja, jer da poništenje ovakve dozvole vrijeda „legitimna očekivanja“ podnositelja ustavne tužbe „... da će njegova prava, zasnovana na pravnim aktima, biti poštivana a njihovo ostvarivanje zaštićeno.“²¹

Pravi „pravni specijalitet“ dolazi u posljednje vrijeme iz Italije.²² Vrhovni kasacijski sud (stvar ne može ići na talijanski Ustavni sud) je ukidajući prvo-

19 Po pravilima građanskog prava (čl. 1100. ZOO) svaka je „pravična novčana naknada“ neimovinske štete u izvjesnom smislu „samovoljna“ budući nema egzaktnih mjerila za njeno određivanje. U osnovi naknada zavisi od stupnja povrede prava osobnosti (jer se neimovinska šteta javlja jedino kao povreda prava osobnosti) (čl. 1046. ZOO). Povreda prava osobnosti i stupanj te povrede isključivo je pitanje primjene materijalnog prava o čemu odlučuju redovni sudovi, a ne Ustavni sud. Mogućnost intervencije Ustavnog suda postojalo bi samo ako bi iz nekog razloga suđenje bilo nepravično ili je dosuđena naknada štete tako nisko da vrijeda ljudsko dostojanstvo.

20 Redovno-sudsku praksu u tom je slučaju zbunjivala činjenica što stranka traži nešto drugo (bolovi, strah i sl.); strah, bolovi i sl. nisu (po novom ZOO-u) oblik neimovinske štete nego samo njegove moguće (ali ne i neophodne) činjenične manifestacije. Stranka je tražila naknadu zbog povrede prava osobnosti i to je trebalo dosuditi bez obzira što bola ili straha ili smanjenje životne aktivnosti nije bilo.

21 „Legitimna očekivanja“ pojam su novijeg datuma. Europski sud za ljudska prava rabi ga od 1991. god., a temelji ga po čl. 1. Protokola 1 uz Konvenciju. Problem nije ni u Europi do kraja izelaboriran (kako je prilikom posjete Ustavnom sudu RH rekao sudac Boštjan Zupančič, slovenski sudac na Europskom sudu za ljudska prava). Domaća (hrvatska) pravna javnost se tek počinje zanimati za ovaj institut (vidjeti o tome: M. Šeparović, *Imovinski aspekti legitimnih očekivanja*, Hrvatska pravna revija, ožujak 2011.). Nama se čini da su „legitimna očekivanja“ malo moderniji izraz za ono što klasično građansko pravo naziva „causa finalis“. U svakom slučaju proces stručne i znanstvene analize valja nastaviti i ne bi bilo dobro da i bez toga pojam uđe u širu primjenu.

22 RAI (talijanska javna televizija, središnji dnevnik u 20:00 sati, od 15.9.2011.).

stupanjске парничне одлуке судова првог и другог ступња рекао да – начелно – право на накнаду неимовинске штете има брачни супружник који је погођен разводом брака, но под увјетом да то vrijeđa достојанство особе које је зајамчено Уставом.²³

У предмету U-III-3508/2007 од 10. ружна 2008. одбијена је Уставна тужба, у увјетима, међутим, који остављају увијек неугодан осјећај пораза правде.²⁴ Један је наш грађанин затражио доста велику накнаду штете претрпљену у другој држави. Тужена страна одмах је ставила приговор промашене међународне надлежности, а редовни судови сва три ступња су након 10 година спорења тај приговор прихватили. Одлука је била правилна с гледишта примјене домаћег права и међународног приватног права, али је остало питање треба ли рјешавање питања међународне (мјесне) надлежности чекати или га се мора ријешити одмах како би се странка још увијек правовремено могла обратити међународно надлежном суду.

У предмету U-III-94/2009 било је релевантно питање приступа суду (допустивост ревизије) јер су опćински и жупанијски суд допустили ревизију (прихватили ознаку вриједности предмета спора на 200.000,00 kn) али је Врховни суд RH све одбацио будући да се спорна тражбина темелјила на уговору о закупу гдје је уговорена закупнина одређена у износу од 1,00 kn. Будући да нема продаје, али ни закупа за једну куну очито је да је предметни уговор садржajно представљао нешто друго (преузимање дугова, преузимање радника, инвестирање и сл.).²⁵

5. USTAVNO POSTUPOVNO PRAVO - MOGUĆNOST KONSTRUKCIJE I BITNI PROBLEMI

Већ смо навели двије начелне задатке Уставног суда (чувар - Hueter Устava, односно његов господар). Но, постоји и трећа функција Уставног суда, а она се односи на задатку креативног стварања права.²⁶

Овакве задатке Уставног суда отварају питање стварања и постојања уставног поступовног права, као што постоји грађанско поступовно, казнено поступовно и њима слична права.

23 Увођење оваква правила свакako заhtijeva проширење појма протуправности као претпоставке одговорности за штету: класичне регule у описаном случају нису dostatне јер штетник није повриједио правило закона (развео се од једне и ожењо другу жену). Може се, међутим, радити о протуправности у односу на устав који брани повреду људскога достојанства.

24 Pogrešno прихваћање међународне (мјесне) надлежности домаћег суда увијек носи ризик непризнавања у држави гдје се пресуда има провести. Но, чини се да би ипак „правићно суђење“ заhtijevalо да се ово питање у парници ријешити одмах како би се странка потом могла обратити страном надлежном суду без ризика застарелости.

25 Тzv. сложені или мјешовити правни послови (који се састоје од елемената више разнородних послова) у грађанском су праву и иначе посебан интерпретативни проблем. У сваком случају, закуп за једну куну не може значити да је то права вриједност таква спора. Уставни суд RH је, међутим, уставну тузбу одбио.

26 M. J. Pappier, bivši predsjednik njemačkoga Saveznog ustavnog suda u predgovoru „Izabranik odluka“ tog suda, u redakciji prof. E. Šarčevića, Bukurešt, 2009.

Teorija ustavnog prava načelno je vrlo skeptična oko mogućnosti postojanja ustavnog postupovnog prava.²⁷

Udžbenici ustavnog prava vrlo nerado govore o ustavno postupovnom pravu.²⁸

Čini se da bi u tom pravu napose mogla pomoći znanost građanskog postupovnog prava, koja je na hrvatskom pravnom prostoru - zahvaljujući dugoj i dobroj tradiciji i velikim imenima koju su tu znanost nosila – dosegla najviše europske razine.²⁹

Mogućnost konstrukcije ustavnog postupovnog prava (osobito njezino nadovezivanje u većem ili manjem dijelu na građansko postupovno pravo) zavisi od bitne ocjene koja dotiče samu pravnu narav ustavnog suda.

Premda ovo nije rad o tomu (što pokazuje i naziv rada) to pitanje se ne može izbjeći. Nije sporno da je ustavni sud sui generis ustavni organ, ali se ne može ne priznati da u složenoj pravnoj naravi Ustavnog suda dominiraju upravo elementi „suda“.³⁰

Hrvatski Ustav u dosta elemenata slijedi ovakav (njemački) pristup (arg. iz st. 1. čl. 126.). Ustavni sud bira se iz redova istaknutih pravnika, osobito (podcrtao A. R.) sudaca...“. Javnosti je poznato da je praksa u ovih 20-ak godina u tom smislu bila dosta različita, ali se cjelokupna slika poboljšava.

Budući da se suci Ustavnog suda, gotovo svugdje, biraju iz svih pravnih područja (u Austriji čak i tako da pokrivaju i sve dijelove zemlje), ostaje pitanje kako će Ustavni sud rješavati, odnosno postupati u onim stvarima koje su izvan njihove uže pravne specijalnosti.

Mogući izlaz iz ove situacije ustavnosudska praksa pronašla je u dva pravca: u angažiranju sudskih savjetnika i prikupljanju stručnih mišljenja odgovarajućih pravnih eksperata.

Sustav sudskih savjetnika pokazuje vrlo različita rješenja.

U Njemačkoj su to „znanstveni suradnici“ (wissenschaftliche Mitarbeiter“, §13. Poslovnika; njih u rad prima sam sudac za sebe; u praksi svaki sud ima po 4 takva „znanstvena suradnika“).

U Sloveniji ne postoji ovakvo vezivanje sudac - savjetnik, ali se vrši specijalizacija savjetnika po pojedinim pravnim područjima.

27 Tako A. Ruggieri, *Alla ricerca dell'identità del „diritto processuale costituzionale“*, znanstveni referat na savjetovanju o europskom ustavnom pravu (Italia, Bologna, 2009.).

28 Za ovaj rad konzultiranim udžbenicima Ustavnog prava (Hrvatska, Italija, Austrija) ne razmatraju se ova pitanja.

29 U knjizi Triva-Dika, op.cit., daje se značajan prostor odnosu parničnog postupka i postupka pred Ustavnim sudom (str. 67.-69.).

30 U ovom radu višekratno ponavljamo tezu da je najbolji primjer za ovu tezu njemački Savezni ustavni sud. Njihov zakon o Saveznom ustavnom sudu (Gesetz ueber das Verfassungsgericht od 12.3.1951. (zadnja izmjena 22.12.2010.) i Pravilnik (Geschaeftsordnung od 15.12.1986., zadnja izmjena 7.1.2002.) to nesumnjivo potvrđuju. Navodimo ove samo neke od posljedica ovakva pravila: pola suda Saveznog ustavnog suda (8 od 16) došli su iz Saveznog vrhovnog suda, u svakom od 2 senata moraju uvijek biti barem 2 karijerna suca, znanstveni suradnici (koje bira svaki sudac za sebe) i pravno i stvarno moraju najvećim dijelom imati rang suca višeg suda (kod nas bio bi to Županijski sud ili Upravni ili Viši trgovački npr.).

U Hrvatskoj je, čini se, rješenje najsuspektnije jer ne samo da sudac ne određuje svoje savjetnike niti se oni posebno specijaliziraju nego važi pravilo „svi savjetnici za sve suce“.

Značaj sudskih savjetnika (koje bi i kod nas bilo pravilnije zvati „znanstveni suradnici“) je osobito važan i zbog toga što su suci prolazni element u Ustavnom sudu (imaju vremenski ograničen mandat), a znanstveni radnici čine njegov stalni sastav.

Naša je ocjena da bi i Ustavni sud Hrvatske o ovim pitanjima trebao prihvatiti rješenje njemačkoga Poslovnika Saveznog ustavnog suda.

Problemi koji se na tomu mogu ispriječiti ipak nisu nepremostivi.

O pribavljanju znanstvenog mišljenja specijaliziranih pravnih eksperata već smo se izjasnili. Napuštanje ove prakse u većoj bi mjeri vezalo suce i njihove znanstvene suradnike na praćenje pravne literature i pravne znanosti.

Ne zaboravimo, pravna je znanost jedan od izvora prava, a nema razloga da ova maksima ne vrijedi i za ustavno pravo. Poštivanje ovdje sugeriranih pravila Ustavni će sud u većoj i pravoj mjeri učiniti „sudom“ što on u svojoj biti prvotno i je i mora biti.

Jedno od razmišljanja ovakva smjera je i da treba u većoj mjeri razvijati ustavno postupovno pravo odnosno da u građanskim stvarima (koje čine pretežiti broj ustavnosudskih predmeta) treba na odgovarajući način slijediti, tj. transformirati građansko postupovno pravo koje je kod nas već odavno doseglo europski značaj.

Ako ustavni sud želi u većoj mjeri razvijati praksu usmenih rasprava (o tomu govorimo ukratko u nastavku ovog rada), onda ne može izbjeći upravo pozivanje na provjerene regule građanskoga postupovnog prava.

Relevantni izvori (mogućeg) ustavnog postupovnog prava u Republici Hrvatskoj su:

Ustav (čl. 126.-132.)

Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH, NN 49/02 (čl. 62.-80.)³¹

Poslovnik Ustavnog suda RH, NN 181/03. i 16/06.³²

31 To pod „Zaštitom ljudskih prava i temeljnih sloboda“, što se odnosi na sve ustavne tužbe pa dakako i na one iz područja građanskog prava. U mnogim zemljama Europe dolazi do sve većeg, do sada gotovo nepoznatog zaoštavanja javnog i privatnog prava. Vrlo zanimljiv slučaj dogodio se nedavno u Italiji. Tamo je otkaz radnog odnosa dobio nastavnik gimnastike u talijanskoj katoličkoj školi i to zato što je sklopio civilni a ne crkveni brak. U sudskom postupku je na kraju talijanski Vrhovni kasacijski sud stao na stranu otpuštenog nastavnika, rekavši da njegov nastavni predmet (gimnastika) ne utječe na (katoličku) narav škole (navedeno prema R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2000.). Nejasno ostaje što bi bilo da je isti nastavnik npr. predavao filozofiju ili biologiju. Sličan slučaj (još u postupku) teče i pred Ustavnim sudom RH. Tu je otkaz radnog odnosa dobio nastavnik vjeronauka u državnoj (javnoj školi), iz razloga što se civilno razveo i vjenčao s drugom suprugom, odnosno zbog toga što mu je mjerodavni biskup oduzeo tzv. biskupski mandat kojim ga ovlašćuje na predavanje vjeronauka u školi.

32 U vrijeme pisanja ovog rada u tijeku je bio postupak donošenja novog Poslovnika Ustavnog suda RH. Bitni dijelovi, međutim, ostaju isti ili gotovo isti.

Gledano po stvarnom postupovnom sadržaju ovih pravnih izvora, primaran značaj ima Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH (čl. 17.-34.).

Postupak ustavne zaštite protiv odluka civilnih redovnih sudova pokreće se ustavnom tužbom. Svaka stranka snosi svoje troškove, ako Ustavni sud ne odluči drukčije. Stranke mogu, ali ne moraju imati punomoćnike za zastupanje. Nema odredbe o obvezi usmene rasprave, a predviđeni sadržaj donesene odluke sličan je odlukama parničnih civilnih sudova (uvod, izreke, obrazloženje). Odlukom se ustavna tužba usvaja ili odbija kao neosnovana (iznimno može i deklaratorna ako je pobijani akt već prestao važiti, što je u civilu, međutim, rijetka situacija jer ako je npr. u postupku ponavljanja parničkog postupka ukinuta prethodna presuda, Ustavna tužba postaje bespredmetna.

Nije teško ocijeniti da navedeni tekst Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH snažno upućuje na recepciju građanskog postupovnog prava.

Ta recepcija, međutim, nije u svemu dobra jer zanemaruje snažne osobitosti ustavnosudskog postupka. Evo samo nekih primjedbi u tom pravcu:

- stranke u ustavnom postupku nisu one iste stranke iz redovnog građanskog postupka.³³ Nisu dakle x protiv y (iz parnice) nego jedan od njih koji je izgubio parnicu nastupa protiv države čije je tijelo, sud sudio u građanskom postupku,³⁴

- iz tog razloga ni odluke ne bi trebale biti parnične (usvojiti ili odbiti) nego samo utvrditi ili neutvrditi reklamiranu povredu ljudskih prava ili temeljnih sloboda (kako to čini i Europski sud za ljudska prava),

- usmena rasprava trebala bi biti pravilo postupanja. U tom bi slučaju, odnosno u tom dijelu Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH trebalo bitno dopuniti,

- u dijelu koji se odnosi na obrazloženje odluka valja precizirati da je primijenjeno materijalno pravo (samo) Ustav RH i treba dakako točno navesti na koju se odredbu Ustava misli (čl. 28. Ustavnog zakona, st. 1. čl. 55. Poslovnika).

Premda ostaje još i drugih pitanja (privremene mjere, troškovi, evidencija itd.) ali naša analiza će ovdje stati.

Željelo se ukazati da se građansko pravo i građansko postupovno pravo mogu prikladno uklopiti u ustavno postupovno pravo, ali i to da je doslovna transformacija nemoguća i štetna. Treba stoga poraditi na rješenjima koja će u većoj mjeri izraziti specifičnosti ustavnosudskih postupaka u građanskim stvarima.

Na taj će način, čini se, i sam (za sada dosta suspektan pojam ustavnog postupovnog prava) dobiti svoju „imenovanost“, a u civilnim stvarima pred Ustavnim

33 Vidjeti o tome: C. Pestalozza, *Die echte Verfassungsbeschwerde*, Berlin 2006. Autor priznaje da je „unsicheres Terrain“ (nesiguran teren) položaj pravnih osoba javnog prava u takvom ustavnosudskom sporu.

34 Zato npr. pravilno Europski sud za ljudska prava svoje predmete nominira kao x ili y protiv države. Ustavni sud RH (još) tako ne postupa. Ovo otvara i neka druga pitanja npr. pitanje odgovora na ustavnu tužbu što hrvatski Ustavni zakon o ustavnom sudu omogućuje (str. 2. čl. 78.). Taj odgovor, ako ga Ustavni sud traži, može dati samo Država RH i, po našem mišljenju, ne po Državnom nego po vladinom posebnom zastupniku (slično kao kod Europskog suda za ljudska prava). To bi onda snažno i pravilno naglasilo pojavu države RH kao javnopravnog subjekta koji ima prava i obvezu brinuti se o ustavnopravnom sustavu.

sudom dragocjena pomoć može doći od znanosti i prakse građanskog materijalnog prava i građanskog postupovnog prava.

Ustavno postupovno pravo tek se izgrađuje, čak i u državama mnogo veće pravne i političke snage i daleko veće tradicije. Ono iza sebe nema povijest kakvu ima građansko postupovno pravo ali upravo zbog toga dio te povijesti može se preuzeti, a drugi dio samovoljno stvarati.

U ovom trenutku, kako izgleda, previše sporo teče proces izgradnje stvarno autonomnih pravila ustavnog postupovnog prava.

6. ZAKLJUČAK

Na obzoru nema znakova o promjeni nadležnosti Ustavnog suda RH, što znači da će i u narednom razdoblju pred sud stizati (od ukupne nadležnosti) oko 85% ustavnih tužbi iz građanskih predmeta.

Nema ni razloga da se ta nadležnost prekine jer ustavna kontrola odluka civilnih sudova ima svoje opravdanje. Može se čak očekivati pad postotaka usvojenih ustavnih tužbi (sada je oko 4%) ali ni to ne otklanja potrebu nadzora ustavnih sudova koji će pozitivan „pritisak“ na odluke civilnih sudova vršiti već i samim time što odnosni predmet uzima u svoje ruke.

Građansko pravo u RH nije samo opsežno po broju zakonskih članaka koji ga prate, ono je isto tako veliko po svojoj stručnoj i znanstvenoj kvaliteti.

Ono je isto tako i europsko po svojoj bitnoj orijentaciji, a bit će to još više kada se do kraja oslobodi socijalističkih i tranzicijskih natruha. RH nema građanski zakonik, a u tom pravcu nema čak ni posebnih inicijativa. Proces izrade građanskog zakonika nije lagan jer to nije obična, mehanička kompilacija pojedinih dijelova građanskog prava (stvarnog, obveznog, nasljednog, trgovačkog, obiteljskog, radnog itd.).

Neke inicijative postoje za izradu europskoga građanskog zakonika. No, to će ići jako dugo i jako teško, posebice zbog sudova triju velikih, a dosta različitih škola građanskog prava (austrijsko-njemačke, talijansko-francuske, anglosaksonske). Građansko pravo (i materijalno i postupovno) prati duga povijest, velika tradicija i mnogo velikih i slavni imena teorije i prakse. Sudska praksa i pravna znanost sastavni su dio pojma „građansko pravo“.

U ovom smo radu vrlo određeno istaknuli da je zaštitni objekt kojeg Ustavni sud RH štiti u ustavnosudskom postupku po ustavnim tužbama (u civilnim stvarima, ali i inače) Ustav RH. Nužno je reći - samo Ustav RH, da ne bi bilo nejasnoća i dvojbi. Ali upozorili smo na moguću zabludu da se neodlučivanjem o pravilnosti primjene zakona građanskog prava, ti zakoni „kao nevažni“ potpuno zanemare. Bila bi vrlo opasna iluzija da se odlučivanje temeljem Ustava pretvori u „preskakanje“ zakona.

Ustavni sud ima pravo i obvezu ići ispred i iznad zakona, ali ne i bez zakona. Mnogo apstraktnija, uvijek mnogo općenitija norma Ustava ne može se razumjeti bez

potpunog činjeničnog poznavanja predmeta i bez – kako smo naveli – „demontaže“ zakonskih propisa koje su primijenili redovni građanski sudovi.

Ustavni sud treba stoga tako organizirati (suci, znanstveni suradnici) da može nositi ovakav teret.

Na najvišoj razini treba ukloniti sumnje je li Ustavni sud „sud“.

Recepcija njemačkog prava u mnogim pitanjima (koje se može samo pohvaliti) treba biti protegnuta i na tehnološku organizaciju Ustavnog suda RH.

Njemački Savezni ustavni sud vjerojatno je najrenomiraniji ustavni sud na svijetu. Njegove odluke istinski imponiraju, ali treba znati da taj stručno-znanstveni ugled ima jake veze s ustrojstvom i načinom rada u tom sudu (u tom dijelu Ustavni sud RH manje slijedi njemački Savezni ustavni sud).

To da je Ustavni sud „sud“ zasigurno će bitno pomoći razvoju saznanja o mnogo većem značaju građanskog prava u civilnim predmetima.

Građansko pravo, napose građansko postupovno pravo, može bitno pridonijeti i stvaranju ustavnog postupovnog prava koje je i u Europi još u povojima.

U Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu RH jak je trag „zepepeovske“ škole prava (ZPP-Zakon o parničnom postupku). No, s druge strane, neke postupovne kategorije iz civila valja izostaviti i ne unositi ih u ustavno postupovno pravo. Kako je rekao njemački profesor C. Pestalozza (kojeg smo u ovom radu višekratno citirali) „die echte Verfassungsbeschwerde“ (prava ustavna tužba, doslovno - prava ustavna žalba) zahtijeva ne samo ispitivanje povrede Ustava nego i poseban, samo tome prilagođen postupak.

Mi smo u tom smislu kao urgentno aktualizirali pitanje tko su uopće stranke iz ustavnosudskog postupka po ustavnoj tužbi (zalažemo se da to bude x versus RH) i da odluke koje će Ustavni sud donijeti budu rezultat opredjeljenja da li to „sud“ (onda potvrđivanje i ukidanje ima svog smisla) ili je samo „sui generis“ ustavni organ (u kom slučaju je prikladniji oblik odluka koji rabi Europski sud za ljudska prava, tj. utvrđivanje ili neutvrđivanje reklamirane povrede nekog ljudskog prava).

Ustavni sud RH učinio je velike napore u pravcu pravilnog shvaćanja samog smisla ustavnosudske zaštite u civilnim stvarima. Veliki njemački Savezni ustavni sud služi kao uzor kojeg bi valjalo slijediti i u ustrojstvu Ustavnog suda RH jer, naglasili smo, iznimno visoka kvaliteta njemačkoga Saveznog ustavnog suda zasigurno ima izravne veze s njegovom isto tako iznimno kvalitetnom organizacijom.

Postoje svi razlozi i za definitivan proboj shvaćanja da se u civilnim stvarima (a isto je i u kaznenim i upravnim) ne može valjano ustavnosudski odlučivati bez poznavanja činjenica konkretnog predmeta, bez analize putova kojima se civilni sud vodio u procesu svog odlučivanja i bez potpunog poznavanja zakona građanskog prava koje je primijenio.

To je najuža veza građanskog prava i Ustava u svim civilnim predmetima koji dođu pred Ustavni sud RH.

Građanski sudovi i Ustavni sud nisu „dva svijeta“ koji jedni rješavaju jedno a drugi drugo. Ustav štite (i primjenjuju) jedni i drugi, a Ustavni sud samo kao pravi

„čuvar Ustava“ provjerava poštivanje Ustava. Ustavni sud ne provjerava primjenu zakona (to je isključivo zadaća redovnih sudova) ali ne može „preskočiti“ valjanost primjene zakona jer mu je ona potrebna za bitnu ocjenu o povredi Ustava.

U rujnu 2011. (28. rujna) održana je u Kalsruhe – u (Njemačka) svečana proslava 60. obljetnice njemačkoga Saveznog ustavnog suda.

Kako je u svečanoj pozdravnoj riječi rekao Predsjednik Njemačke Republike, Savezni ustavni sud te zemlje počeo je bez uzora („ohne Vorbild“), ali je svojim radom i najvišom stručnošću postao uzor svima.

Ustavni sudovi Europe (pa tako i Ustavni sud RH) ne mogu imati i poželjeti boljeg uzora od njemačkoga Saveznog ustavnog suda.

Za sada taj uzor više slijedimo normativno (Ustav, Ustavni zakon o ustavnom sudu), manje organizacijski i tehnološki (Poslovnik). Za ovo drugo potrebne su i mnoge druge tehničke, radnopravne i slične pretpostavke koje treba strpljivo i postupno izgrađivati.

Govornici na rečenom skupu njemačkoga Saveznog ustavnog suda (predsjednik Vosskuhle, potpredsjednik Kirchhof) nisu propustili priliku pohvaliti cjelokupan njemački pravni sustav (napose građanskopravni) iz kojeg je jedino mogao izniknuti ovako snažan ustavni sud kakav je njemački Savezni ustavni sud.

Visokokvalitetan Ustavni sud ne niče iz neobrađivane livade. Takav sud proizlazi samo iz brižljivo njegovanog i razvijenog općeg pravnog sustava u kojem sustav građanskog prava - svojom milenijskim, ne samo stoljetno razvijanom tradicijom, teorijom i praksom – daje i mora davati osobito valjan doprinos.

Summary

CIVIL LAW IN CONSTITUTIONAL CASE LAW

The Constitutional Court of the Republic of Croatia predominantly delivers its ruling in cases with issues arising from the Civil Law zone (around 85% of total cases). The Constitutional Court applies the Constitution (and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in its interpretation), however, when compared with highly comprehensive and detailed Civil Law regulations, this legal acts are relatively not numerous, but rather highly abstract and particularly general legal regulations. Two detected tendencies are equally harmful and irregular: the tendency to restrict activities of the Constitutional Court (as well as of the regular courts) to deal only with application of the law (transforming the courts in some sort of third or fourth degree body of adjudication) and the tendency to transform the courts in *ex aequo et bono* adjudications explicitly invoking the Constitution. The described negative practices have to be avoided insisting that the object of protection of the Constitutional Court is the Constitution itself. On the other hand, one has to bear in mind that the efficient protection of rights and values cannot be exercised without basic knowledge and basic elaboration of a case from the position of the Civil Law. It is author's believe that the Constitutional Court expresses more all the time the last mentioned positive tendencies. The tendencies are increasingly distinctive and in their totality, it is predicted that they are going to have a positive effect on development of the constitutional legal system in the Republic of Croatia.

Key words: *Constitution, Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, Civil Law, constitutional appeal, Constitutional Law, Constitutional Procedural Law, relation between the Constitutional Law and Civil Law.*

Zusammenfassung

ZIVILRECHT BEI DER VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT

Vor dem Verfassungsgericht der Republik Kroatien stehen meist Rechtssachen (etwa 85%) aus dem Bereich des Zivilrechtes. Das Verfassungsgericht wendet die Verfassung an (interpretativ auch die Europäische Menschenrechtskonvention), aber das sind im Gegensatz zu sehr ausführlichem und detailliert reguliertem Zivilrecht relativ wenige, höchst abstrakte und sehr allgemeine Vorschriften. Dementsprechend gibt es auch zwei schädliche und unordentliche Tendenzen. Einerseits beschäftigt sich das Verfassungsgericht (wie auch die ordentlichen Gerichte) nur mit Gesetzeanwendung (und so ist es nur in dritter oder vierter

Instanza der Gerichtsverhandlung zuständig), während es sich andererseits ausschließlich auf Verfassung beruft, womit die Gerichtsverhandlung zu ex aequo et bono wird. Das sollte man vermeiden, indem man auf die Tatsache besteht, das Schutzobjekt des Verfassungsgerichts ist nur die Verfassung, aber die Schutzrechte dieses Wertes können ohne gründliche Kenntnisse und gründliche Bearbeitung von Zivilrechtssachen nicht angewandt werden. Wir glauben, dass das Verfassungsgericht der Republik Kroatien solche Tendenzen immer mehr fortsetzt, dass die Tendenzen nach wie vor erkennbar sind und dass sie im Ganzen einen sehr positiven Einfluss auf die Entwicklung des verfassungsrechtlichen Systems in Republik Kroatien ausüben werden.

Schlüsselwörter: *Verfassung, Verfassungsgesetz über das Verfassungsgericht der Republik Kroatien, Zivilrecht, Verfassungsbeschwerde, Verfassungsrecht, Verfassungsverfahrensrecht, Verhältnis zwischen dem Verfassung - und Zivilrecht*

Riassunto

IL DIRITTO PRIVATO NELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Dinnanzi alla Corte costituzionale della Repubblica di Croazia la maggior parte delle controversie (circa 85%) ha ad oggetto questioni afferenti la sfera del diritto privato. La Corte costituzionale applica la Costituzione (in via interpretativa anche la Convenzione europea sui diritti dell'uomo); trattasi, tuttavia – contrariamente al diritto privato regolato assai minuziosamente – di un contenuto numero di norme, le quali si caratterizzano per la loro astrattezza e genericità. In eguale misura sono dannose ed improprie due tendenze: quella secondo la quale la Corte costituzionale (alla stregua di qualsiasi tribunale ordinario) si occupa dell'applicazione delle norme (fungendo quale terzo o quarto grado di giudizio); oppure quella secondo la quale adendo la Corte costituzionale si giunga ad un processo ex aequo et bono. Un tanto va evitato, insistendo sul fatto che rappresenta oggetto di tutela da parte della Corte costituzionale soltanto la Costituzione, sebbene la tutela giuridica di detto valore non è attuabile senza la conoscenza del diritto privato e senza un approccio alle controversie che denoti una comprensione di tale branca del diritto. Crediamo che la Corte costituzionale esprima sempre più frequentemente siffatte tendenze e che queste siano riconoscibili e che ciò avrà presto un effetto positivo sullo sviluppo del sistema costituzionale nella Repubblica di Croazia.

Parole chiave: *Costituzione, Legge costituzionale sulla Corte costituzionale della Repubblica di Croazia, diritto privato, ricorso costituzionale, diritto costituzionale, giustizia costituzionale, rapporto tra diritto costituzionale e privato.*

POSEBNI TZV. PARTIKULARNI STEČAJNI POSTUPAK U HRVATSKOM PRAVU*

Dr. sc. Jasnica Garašić, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.736(497.5)
Ur.: 17. veljače 2012.
Pr.: 1. ožujka 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U ovom se radu istražuju i analiziraju pretpostavke pod kojima se može otvoriti i provesti partikularni stečajni postupak u Hrvatskoj. Ujedno se vrši usporedba s rješenjima sadržanim u njemačkom pravu i Europskoj uredbi o insolventijskim postupcima. Primjerenost zakonskih rješenja ocijenjuje se s obzirom na to kako je hrvatski, njemački i europski zakonodavac regulirao: međunarodnu nadležnost za otvaranje partikularnog stečajnog postupka; opseg imovine koju partikularni stečajni postupak obuhvaća; stečajne razloge za otvaranje partikularnog stečajnog postupka; ovlaštenje na podnošenje prijedloga za otvaranje partikularnog stečajnog postupka; eventualne dodatne pretpostavke za otvaranje partikularnog stečajnog postupka; pravo sudjelovanja, odnosno pravo na namirenje tražbine u partikularnom stečajnom postupku te suradnju organa domaćeg partikularnog stečajnog postupka s organima stranog stečajnog postupka protiv istog dužnika. Zaključno se sažimaju rezultati analize te utvrđuje da su odredbe hrvatskoga stečajnog prava u odnosu na partikularni stečajni postupak u skladu sa suvremenim kretanjima u međunarodnom stečajnom/insolventijskom pravu. Jedina zakonska izmjena o kojoj bi trebalo razmisliti jest ukidanje ovlaštenja stečajnog dužnika da traži otvaranje partikularnog stečajnog postupka u situaciji kada može tražiti otvaranje glavnog stečajnog postupka.

Ključne riječi: *posebni stečajni postupak, partikularni stečajni postupak, pretpostavke za otvaranje partikularnog stečajnog postupka, pravo sudjelovanja vjerovnika u partikularnom stečajnom postupku, međunarodno stečajno pravo.*

* Ovaj se rad temelji na neobjavljenom izlaganju koje je održano na savjetovanju „Ovrha i stečaj – novosti u zakonodavstvu i sudskoj praksi“ u organizaciji Narodnih novina, 15.-16. veljače 2007. u Zagrebu. U ovom radu to je izlaganje prošireno i aktualizirano.

1. UVOD

Jedno od temeljnih pitanja u razvoju međunarodnog stečajnog prava pri postupnom prijelazu od načela teritorijalnosti na načelo univerzalnosti bilo je, treba li zakonom dopustiti pored glavnog stečajnog postupka otvaranje tzv. posebnog stečajnog postupka protiv stečajnog dužnika.

Načelo teritorijalnosti, prema kojem stečajnom postupku izvan države njegovog otvaranja nije potrebno priznati pravne učinke, pokazao se vrlo štetnim za vjerovnike, jer omogućuje stečajnom dužniku da svojom imovinom izvan države otvaranja slobodno raspolaže. Što više, to ga motivira da neposredno prije otvaranja stečajnog postupka pokuša što je moguće veći dio svoje imovine prebaciti u drugu državu te da eventualno prema svom nahodjenju neke od vjerovnika namiruje, a druge ne. Danas sve više dominira načelo univerzalnosti, prema kojem treba priznati pravne učinke stečajnom postupku i izvan države njegovog otvaranja, jer je to vrlo važno za razvoj suvremenoga gospodarstva, koje sve češće prelazi državne granice.¹

Postepeno je u literaturi, a onda i u zakonima pojedinih država te međunarodnim pravnim regulacijskim instrumentima prevladalo shvaćanje prema kojem se načelo univerzalnosti ne smije poistovjetiti sa zahtjevom da se protiv jednog stečajnog dužnika istovremeno može voditi samo jedan postupak, a načelo teritorijalnosti s činjenicom da se protiv jednog stečajnog dužnika smije otvoriti više istovremenih postupaka. Načelo univerzalnosti može se smatrati ostvarenim i ako se kao posljedica priznanja glavnog stečajnog postupka otvara tzv. posebni stečajni postupak.²

- 1 Detaljnije o razvoju međunarodnog stečajnog/insolventijskog prava i prelasku s načela teritorijalnosti na načelo univerzalnosti vidi: Garašić Jasnica, *Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren: Ein Vergleich des kroatischen, des deutschen und des schweizerischen Rechts sowie der Europäischen Verordnung über Insolvenzverfahren, des Istanbuler Übereinkommens und des UNCITRAL-Modellgesetzes, Teil I und Teil II*, Schriftenreihe: *Internationalrechtliche Studien, Beiträge zum Internationalen Privatrecht, zum Einheitsrecht und zur Rechtsvergleichung*, hrsg. von Ulrich Magnus, Band 36, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2005, knjiga I, str. 23.-36.
- 2 Vidi primjerice, Hanisch Hans, *Einheit oder Pluralität oder ein kombiniertes Modell beim grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren?*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1994, str. 1.-2; Metzger Ingrid, *Die Umsetzung des Istanbuler Konkursübereinkommens in das neue deutsche Internationale Insolvenzrecht*, *Reihe Rechtswissenschaft*, Band 172, Pfaffenweiler, 1994, str. 15.-16; Spahlinger Andreas, *Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen*, *Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, Band 64, hrsg. von Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, str. 67.-68; Graf Ulrike, *Die Anerkennung ausländischer Insolvenzscheidungen*, *Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, Band 112, hrsg. von Max-Planck-Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, str. 12. i dalje; Ludwig Daniel, *Neuregelungen des deutschen Internationalen Insolvenzverfahrensrechts*, *Studien zum vergleichenden und internationalen Recht – Comparative and Interantional Law Studies*, hrsg. von Heinz-Peter Mansel, Band 95, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004, str. 144.-167; Wimmer Klaus, u knjizi: *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, hrsg. von Klaus Wimmer, 4. Aufl., Wolters Kluwer Deutschland GmbH, München, 2006, vor § 335, rub. br. 26. i dalje.

Pri tomu se pod pojmom glavnog stečajnog postupka za potrebe ovog rada podrazumijeva stečajni postupak koji je otvoren na temelju primarne nadležnosti, npr. središta poslovnog djelovanja dužnika, centra glavnih interesa dužnika, prebivališta, uobičajenog boravišta, odnosno sjedišta dužnika, a koji kao takav u pravilu želi obuhvatiti cjelokupnu imovinu dužnika u tuzemstvu i u inozemstvu. Protiv stečajnog dužnika bi trebao biti moguć samo jedan glavni stečajni postupak. Pod pojmom posebnog stečajnog postupka podrazumijeva se postupak koji je otvoren na temelju neke supsidijarne nadležnosti, npr. podružnice ili pak samo dužnikove imovine u tuzemstvu, a koji kao takav (prema stečajnom/insolventijskom pravu europskih kontinentalnih država) u pravilu želi obuhvatiti samo dužnikovu imovinu u državi otvaranja toga postupka, dakle samo tuzemnu dužnikovu imovinu.

Pri tomu se mogu razlikovati dvije vrste posebnih postupaka: partikularni i sekundarni. Pod pojmom partikularnog stečajnog postupka podrazumijeva se posebni stečajni postupak koji ne pretpostavlja otvaranje i priznanje stranoga glavnog stečajnog postupka i koji je od sasvim neovisan od takvog postupka. Partikularni stečajni postupak može se otvoriti kako prije, tako i poslije otvaranja stranoga glavnog stečajnog postupka, ako posljednji nije priznat u tuzemstvu. Pod pojmom sekundarnog stečajnog postupka podrazumijeva se posebni stečajni postupak koji pretpostavlja otvaranje i priznanje stranoga glavnog stečajnog postupka i barem je u tom smislu o njemu ovisan. No, u pravilu on je podređen glavnom stečajnom postupku i na temelju pravila o kooperaciji i koordinaciji tih dvaju postupaka. Sekundarni stečajni postupak moguće je otvoriti tek nakon priznanja stranoga glavnog stečajnog postupka. Inače protiv jednog stečajnog dužnika može se otvoriti više posebnih i partikularnih i sekundarnih stečajnih postupaka. Ova distinkcija pojmova nužna je s obzirom na to da se u literaturi i u različitim regulacijskim instrumentima međunarodnog stečajnog/insolventijskog prava upotrebljavaju vrlo različiti termini za navedene vrste postupaka.³

Nakon što je prevladalo stajalište da treba dopustiti otvaranje posebnih postupaka, težište diskusije u međunarodnom stečajnom pravu stavljeno je na pitanje kako urediti te postupke, kako bi se s obzirom na različite funkcije koje oni mogu imati, osiguralo ostvarenje njihovih prednosti, a neutralizirale njihove mane.

U ovom radu istražiti ćemo pod kojim se pretpostavkama može otvoriti i provesti posebni tzv. partikularni stečajni postupak u Republici Hrvatskoj. Primjerenost regulacije ove vrste postupka u svakom pravnom sustavu, pa tako i u hrvatskom, može se kvalitetno procijeniti s obzirom na to, kako je zakonodavac odgovorio na sljedeća pitanja: međunarodna nadležnost za otvaranje partikularnog stečajnog postupka; imovina koju partikularni stečajni postupak obuhvaća; stečajni razlozi za otvaranje partikularnog stečajnog postupka; ovlaštenje na podnošenje prijedloga za otvaranje partikularnog stečajnog postupka; eventualne dodatne pretpostavke za otvaranje partikularnog stečajnog postupka; pravo sudjelovanja, odnosno pravo na namirenje tražbine u partikularnom stečajnom postupku; suradnja

3 Detaljnije o tome: Garašić, op. cit. u bilj. 1, knjiga I, str. 41.-44.

organa domaćeg partikularnog stečajnog postupka s organima stranog stečajnog postupka protiv istog dužnika.

Stoga ćemo u nastavku dati odgovor na postavljena pitanja, a radi komparativnosti, spomenut ćemo i kakva rješenja postoje u njemačkom pravu te Europskoj uredbi o insolventijskim postupcima⁴ (u daljnjem tekstu EuUrIns), koja predstavlja glavni pravni izvor međunarodnog insolventijskog prava država članica Europske unije u njihovom međusobnom odnosu.

2. ANALIZA ZAKONSKIH RJEŠENJA

2.1. Međunarodna nadležnost za otvaranje partikularnog stečajnog postupka

Stečajni zakon⁵ (u daljnjem tekstu SZ) upotrebljava pojam posebni stečajni postupak ne razlikujući po imenu partikularni od sekundarnog stečajnog postupka, no dopuštenost obiju vrsta posebnog stečajnog postupka proizlazi iz različitosti pretpostavaka koje vrijede za otvaranje posebnog stečajnog postupka koji je nezavisan od stranoga glavnog stečajnog postupka (čl. 302. st. 1.-4. SZ) i pretpostavaka koje vrijede za otvaranje posebnog stečajnog postupka koji je posljedica priznanja stranoga glavnog stečajnog postupka (čl. 302. st. 1.-5, čl. 325.-326. SZ). Osim toga, pravila o namirenju vjerovnika u posebnom stečajnom postupku koji je otvoren nezavisno od stranoga glavnog stečajnog postupka (čl. 303, čl. 173.-195. SZ) razlikuju se od pravila o namirenju vjerovnika u posebnom stečajnom postupku koji je otvoren kao posljedica njegovog priznanja (čl. 328.-329. SZ).

Međunarodna nadležnost za otvaranje posebnog stečajnog postupka regulirana je u čl. 302. SZ-a. Iz stavka 1. toga članka slijedi da će se poseban stečajni postupak koji je nezavisan od stranoga glavnog stečajnog postupka, dakle partikularni stečajni postupak, u Republici Hrvatskoj moći otvoriti, kada dužnik u tuzemstvu

4 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates von 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Official Journal of the European Communities, 2000, br. L 160/1; 2003, br. L 236/1; 2005, br. L 100/1; 2006, br. L 121/1, br. L 363/1; 2007, br. L 159/1; 2008, br. L 213/1; 2010, br. L 65/1; 2011, br. L 160/52. Poblize o ovoj uredbi Europske unije vidi Garašić Jasnica, Europska uredba o insolventijskim postupcima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 26/2005, br. 1, str. 257.-305. – Ova Uredba ne vrijedi za insolventijske postupke protiv osiguravajućih poduzeća, kreditnih instituta, investicijskih poduzeća koja obavljaju usluge što obuhvaćaju držanje novca i vrijednosnih papira trećih, te protiv organizama za zajedničko ulaganje. Za te pravne subjekte vrijedi Smjernica 2001/17/EG Europskog parlamenta i Vijeća od 19. 3. 2001. o sanaciji i likvidaciji osiguravajućih poduzeća (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Official Journal of the European Communities 2001, br. L 110/28) te Smjernica 2001/24/EG Europskog parlamenta i Vijeća od 4. 4. 2001. o sanaciji i likvidaciji kreditnih instituta (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Official Journal of the European Communities, 2001, br. L 125/1).

5 Stečajni zakon, Narodne novine, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10.

nema središte poslovnog djelovanja, ali ima poslovnu jedinicu bez svojstva pravne osobe (čl. 302. st. 1. u vezi s čl. 301. st. 1. SZ). Pod pojmom poslovne jedinice, kad je riječ o trgovačkim društvima, u prvom redu treba smatrati podružnicu u smislu čl. 7. Zakona o trgovačkim društvima.⁶

Ako pak dužnik u Republici Hrvatskoj nema ni središte poslovnog djelovanja, a ni poslovnu jedinicu, već samo imovinu, tada će se partikularni stečajni postupak protiv njega u skladu s čl. 302. st. 2. SZ-a u tuzemstvu moći otvoriti samo u sljedeća četiri slučaja: kada se u državi u kojoj dužnik ima središte poslovnoga djelovanja (glavni) stečajni postupak protiv njega ne može otvoriti zbog uvjeta predviđenih u stečajnom pravu te države, premda postoji stečajni razlog (čl. 302. st. 2. toč. 1. SZ); kada prema pravu države u kojoj dužnik ima središte poslovnoga djelovanja stečajni postupak obuhvaća samo imovinu dužnika u toj državi (čl. 302. st. 2. toč. 2. SZ); kada se njegovo otvaranje u tuzemstvu predlaže u situaciji, u kojoj su ispunjeni uvjeti zbog kojih bi se prijedlog za priznanje strane odluke o otvaranju (glavnog) stečajnog postupka mogao odbiti (čl. 302. st. 2. toč. 3. u vezi s čl. 334. st. 1. SZ); kada se njegovo otvaranje u tuzemstvu predlaže u okviru postupka za priznanje strane odluke o otvaranju (glavnog) stečajnog postupka, jer pretpostavke za priznanje toga stranog stečajnog postupka nisu ispunjene (čl. 302. st. 2. toč. 4. u vezi s čl. 332. st. 1. SZ).

Otvaranje partikularnog stečajnog postupka u tuzemstvu ima važnu dopunsku, odnosno nadomjesnu funkciju u svim onim slučajevima u kojima se u državi u kojoj se nalazi središte poslovnog djelovanja dužnika glavni stečajni postupak iz nekog razloga ne otvara premda postoji stečajni razlog, ili se taj postupak otvorio, ali se još nije tražilo njegovo priznanje u Hrvatskoj, ili se radi o situaciji u kojoj se njegovo priznanje mora odbiti, jer ne ispunjava zakonom predviđene pretpostavke za priznanje (čl. 311. st. 1. SZ).⁷ Naime, prema čl. 334. st. 1. i 3. SZ-a svaki vjerovnik i dužnik ovlašten je tražiti otvaranje partikularnog stečajnog postupka u Hrvatskoj, neovisno o tomu što je otvoren glavni stečajni postupak u drugoj državi, ako su ispunjeni uvjeti zbog kojih bi se prijedlog za priznanje strane odluke o otvaranju glavnog stečajnoga postupka mogao odbiti. Sud će dopustiti otvaranje

6 Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 152/11.

7 Strana odluka o otvaranju stečajnoga postupka priznat će se, ako je donesena od strane suda odnosno tijela koji je prema hrvatskom pravu međunarodno nadležan, nadalje ako je ona ovršna prema pravu države u kojoj je donesena, te ako njeno priznanje ne bi bilo u protivnosti s javnim poretom Republike Hrvatske (čl. 311. st. 1. SZ). Te pretpostavke moraju biti kumulativno ispunjene. Zakon je posebno naglasio da će prijedlog za priznanje strane odluke sud odbiti ako, u povodu prigovora dužnika ili kojega drugoga sudionika u postupku, utvrdi da dužniku akt kojim je postupak bio pokrenut nije dostavljen u skladu sa zakonom države u kojoj je odluka donesena i ako su u tom postupku bila povrijeđena njegova temeljna prava na obranu (čl. 311. st. 2. SZ). Pravomoćnost strane odluke nije preduvjet njezinog priznanja (čl. 311. st. 3. SZ). Detaljnije o pretpostavkama za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog postupka, vidi: Garašić Jasnica, Pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog/insolventijskog postupka prema hrvatskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56/2006, br. 2-3, str. 298.-325.

takvog postupka ako to zahtijeva načelo ravnomjernoga namirenja svih dužnikovih vjerovnika (čl. 334. st. 2. SZ). S druge strane, stečajni će sudac i u okviru vođenja formalnog postupka za priznanje strane odluke o otvaranju glavnog stečajnog postupka, pod pretpostavkom da nađe da treba odbiti prijedlog za priznanje, na prijedlog vjerovnika ili dužnika, otvoriti partikularni stečajni postupak u Hrvatskoj, ako je to potrebno radi ravnomjernoga namirenja svih dužnikovih vjerovnika (čl. 332. st. 1. SZ).⁸ Otvaranjem partikularnog postupka zapravo se želi spriječiti utrka vjerovnika u vođenju ovršnih postupaka nad dužnikovom tuzemnom imovinom, odnosno spriječiti radnje dužnika koje bi mogle štetiti njegovim vjerovnicima.⁹

Ukratko se može reći da će međunarodna nadležnost hrvatskoga suda za otvaranje partikularnog stečajnog postupka postojati za onog dužnika koji nema središte poslovnog djelovanja u Hrvatskoj, ali ima poslovnu jedinicu (čl. 302. st. 1. SZ). Ako dužnik ima samo imovinu u Hrvatskoj, tada će međunarodna nadležnost hrvatskoga suda za otvaranje takvog postupka postojati jedino ako se radi o jednom od četiri izričito predviđenih slučajeva iz čl. 302. st. 2. toč. 1.-4. SZ-a.

Spomenimo da je i prema njemačkom pravu temelj za otvaranje tuzemnog partikularnog insolventijskog postupka u prvom redu postojanje tuzemne podružnice dužnika, a u slučaju postojanja samo dužnikove imovine u tuzemstvu takav se postupak može otvoriti jedino ako vjerovnik učini vjerojatnim postojanje posebnog interesa za njegovo otvaranje, posebno ako bi on u stranom postupku predvidljivo znatno lošije stajao no u domaćem postupku (§ 354. st. 1. i 2. njemačkog Insolvenzordnung-a¹⁰).

8 Detaljno o postupku priznanja vidi Garašić Jasnica, Postupak priznanja strane odluke o otvaranju stečajnog/insolventijskog postupka u hrvatskom pravu, u knjizi: Ovrha i stečaj – Aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse – 2006, urednica Marica Kuzmić, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2006, str. 129.-159.

9 O dopunskoj, nadomjesnoj funkciji neovisnog partikularnog stečajnog postupka vidi: Metzger, op. cit. u bilj. 2, str. 146.-147; Otte Karsten, Inländischer einstweiliger Rechtsschutz im Inland bei Auslandskonkurs – ein neuer internationaler Justizkonflikt?, Rabels Zeitschrift, 58/1994, str. 292, 299; Reisinger Christine, Die Anerkennung von Konkursverfahren im deutsch-ungarischen Rechtsverkehr, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht, Band 5, LIT, Hamburg, 1996, str. 170; Spahlinger, op. cit. u bilj. 2, str. 126; Reinhart Stefan, u knjizi: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 3, §§ 270-335 InsO – Internationales Insolvenzrecht, Insolvenzsteuerrecht, hrsg. von Hans-Peter Kirchhof, Hans-Jürgen Lwowski, Rolf Stürner, C. H. Beck, München, 2003, čl. 102. EGINsO, rub. br. 204.

10 Insolvenzordnung, Bundesgesetzblatt, 1994, I, str. 2866; posljednja izmjena Bundesgesetzblatt 2011, I, str. 2854. – Poblize o tome Ludwig, op. cit. u bilj. 2, str. 168-175; Torz Timo, Gerichtsstände im Internationalen Insolvenzrecht zur Eröffnung von Partikularinsolvenzverfahren, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht – Comparative and International Law Studies, Band 13, hrsg. Von Heinz-Peter Mansel, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2005, str. 150.-228; Wimmer, op. cit. u bilj. 2, § 354, rub. br. 3.-4, 12.-13; Kemper Jutta/Paulus Christoph G., u knjizi: InsO, Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. von Kübler Bruno/Prütting Hanns, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, 2008, § 354, rub. br. 1.-10. – Protiv zakonske mogućnosti otvaranja partikularnog insolventijskog postupka u njemačkom pravu kao suprotnog načelu univerzalnosti vidjeti Dawe Christian, Der Sonderkonkurs des deutschen Insolvenzrechts, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 159, hrsg. von Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, str. 206.-208.

Najvažniji argumenti koji se u teoriji navode u prilog postojanja mogućnosti otvaranja partikularnog stečajnog/insolventijskog postupka već na temelju same imovine, bez postojanja tuzemne podružnice dužnika su sljedeći. Forum imovine ima dopunsku, zaštitnu funkciju, posebno u situaciji, kada se strani stečajni/insolventijski postupak u tuzemstvu ne može priznati.¹¹ I u situaciji kada postoji samo imovina dužnika u tuzemstvu pravni odnosi mogu biti složeni i vrlo povezani s domaćim pravom.¹² Ovaj forum štiti povjerenje vjerovnika da će svoja imovinska prava u slučaju stečaja moći zaštititi prema domaćem pravu.¹³ Forum imovine svakako bi trebalo predvidjeti u autonomnom međunarodnom stečajnom/insolventijskom pravu u odnosu prema državama koje nisu države članice Europske unije.¹⁴

Najvažniji argumenti koji se u teoriji navode protiv postojanja mogućnosti otvaranja partikularnog stečajnog/insolventijskog postupka već na temelju same imovine dužnika su sljedeći. Forumom imovine može se lako manipulirati.¹⁵ On potiče načelo teritorijalnosti¹⁶ i ograničava načelo univerzalnosti¹⁷ te načelo ravnopravnog namirenja vjerovnika.¹⁸ Forum imovine povećava mogućnost otvaranja većega broja stečajnih postupaka protiv istog dužnika što vodi

-
- 11 Metzger, op. cit. u bilj. 2, str. 166; Trunk Alexander, Internationales Insolvenzrecht, Systematische Darstellung des deutschen Rechts mit rechtsvergleichenden Bezügen, Jus privatum, Band 28, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, str. 271; Ludwig, op. cit. u bilj. 2, str. 172.
 - 12 Hanisch, op. cit. u bilj. 2, str. 1, 3, 6 i dalje.
 - 13 Reinhart Stefan, Sanierungsverfahren im internationalen Insolvenzrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung über die besonderen internationalrechtlichen Probleme liquidationsabwendender Insolvenzverfahren, Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen: Abt. B, Rechtswissenschaft, Band 93, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, str. 280.
 - 14 Hanisch Hans, Stellungnahme zu der Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Weise ein in seiner Wirkung territorial beschränktes Sonderinsolvenzverfahren über das Inlandsvermögen eines Schuldners vorzusehen ist, wenn dieser den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen im Ausland hat, u knjizi: Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, im Auftrag des Sonderkommission „Internationales Insolvenzrecht“ des Deutschen Rates für internationales Privatrecht, vorgelegt von Hans Stoll, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 40, hrsg. vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, str. 202, 209.-211.
 - 15 Ludwig, op. cit. u bilj. 2, str. 172.
 - 16 Summ Cornelia, Anerkennung ausländischer Konkurse in der Bundesrepublik Deutschland, Eine Darstellung am Beispiel englischer, italienischer und französischer Insolvenzverfahren, Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Band 77, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, str. 98; Reisinger, op. cit. u bilj. 9, str. 171; Dawe, op. cit. u bilj. 10, str. 207.-208.
 - 17 Lür Hans-Jochem, Überlegungen zu einem künftigen deutschen Internationalen Insolvenzrecht, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen, Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS), 1990, 377, 393, 397.
 - 18 Schollmeyer Eberhard, Partikularinsolvenzverfahren am Ort der Belegenheit von Massebestandteilen?, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax), 1995, 150, 151.

atomiziranju namirenja dugova¹⁹ te povećanju troškova postupka, duplom radu i mogućnosti manipulacija.²⁰ Za dužnika bi bilo iznimno teško, ako bi se stečajni postupak mogao voditi u svakoj državi u kojoj on ima imovinu.²¹

Navedeni argumenti protiv foruma imovine za otvaranje partikularnog insolventijskog postupka bili su razlog zašto je europski zakonodavac u potpunosti isključio mogućnost otvaranja takvog postupka na temelju postojanja tuzemne imovine dužnika. Naime, prema Europskoj uredbi o insolventijskim postupcima partikularni postupak može se otvoriti samo ako dužnik u tuzemstvu ima podružnicu (čl. 3. st. 2. reč. 1. EuIns) i to samo ako otvaranje glavnog insolventijskog postupka, zbog uvjeta predviđenim u propisima države članice u kojoj se nalazi centar glavnih interesa dužnika, nije moguće, te u slučaju da otvaranje takvog postupka zahtijeva vjerovnik čije se prebivalište, uobičajeno boravište ili sjedište nalazi u državi u kojoj se nalazi podružnica dužnika ili se njegova tražbina zasniva na obvezi koja je proizšla iz poslovanja te podružnice (čl. 3. st. 4. sl. a) i b) EuUrIns). Takvo rješenje europskoga zakonodavca, nažalost, onemogućuje ostvarenje dopunske funkcije partikularnog postupka u svim onim situacijama u kojima dužnik nema podružnicu u drugoj državi članici, ali u njoj ima imovinu velike vrijednosti. Problem donekle ublažava činjenica što je definicija pojma „podružnice“ prema ovoj uredbi vrlo široka, pa se tako podružnicom smatra svako mjesto djelatnosti, na kojem dužnik obavlja neku gospodarsku aktivnost koja nije privremene prirode, a koje pretpostavlja upotrebu osoblja i vrijednosne imovine (čl. 2. sl. h) EuUrIns).²²

Za otvaranje i provođenje hrvatskoga partikularnog stečajnog postupka stvarno i mjesno je nadležan trgovački sud na čijem se području nalazi poslovna jedinica dužnika, a ako dužnik nema poslovne jedinice u Republici Hrvatskoj onda je nadležan trgovački sud na čijem se području nalazi imovina dužnika (čl. 302. st. 3. reč. 1. SZ). Pri tomu treba primijeniti i čl. 309. st. 3. SZ-a koji određuje da, ako se imovina dužnika u Republici Hrvatskoj sastoji u tražbini, tada će se smatrati da se tražbina dužnika nalazi u mjestu u kojemu dužnici stečajnoga dužnika imaju svoje sjedište, odnosno prebivalište. Ako bi više trgovačkih sudova bilo mjesno nadležno, postupak provodi sud kojemu je prvom podnesen prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka (čl. 302. st. 3. reč. 2. SZ). Ako je riječ o otvaranju partikularnog stečajnog postupka u okviru formalnog postupka za priznanje uslijed odbijanja prijedloga za priznanje strane odluke o otvaranju glavnog stečajnog postupka, onda je za otvaranje i provođenje toga postupka nadležan sud koji je odlučivao o prijedlogu za priznanje (čl. 302. st. 2. toč. 4. u vezi s čl. 332. st. 1. SZ).

19 Schollmeyer, op. cit. u bilj. 18, str. 152.

20 Arnold Hans, u knjizi: *Insolvenzrechts-Handbuch*, hrsg. von Gottwald Peter, 2. Aufl., C. H. Beck, München, 2001, § 122, rub. br. 5.

21 Leibold Dieter, *Zur internationalen Zuständigkeit im Insolvenzrecht*, u knjizi: *Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Hanns Prütting, Verlag Heymanns, Köln, 1990, str. 291, 308.

22 Poblize o toj definiciji podružnice prema Europskoj uredbi o insolventijskim postupcima vidjeti Smid Stefan, *Europäisches Internationales Insolvenzrecht*, Schriftenreihe des Center of Legal Competence, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2002, str. 45.-47; Dawe, op. cit. u bilj. 10, str. 145.-149; Torz, op. cit. u bilj. 10, str. 64.-137.

Otvaranje domaćeg partikularnog stečajnog postupka ne sprječava eventualno kasnije priznanje strane odluke o otvaranju glavnog stečajnog postupka. Naime, prema izričitoj odredbi zakona strana odluka o otvaranju stečajnoga postupka koja ispunjava pretpostavke za priznanje prema čl. 311. SZ-a priznat će se i ako je prije podnošenja prijedloga za priznanje otvoren protiv dužnika stečajni postupak u Republici Hrvatskoj prema odredbi čl. 302. st. 1. ili 2. SZ-a (čl. 318. st. 1. SZ). U tom slučaju će se partikularni stečajni postupak u pogledu svojih učinaka u načelu pretvoriti u sekundarni stečajni postupak.²³

Inače ranije priznata strana odluka o otvaranju glavnog stečajnog postupka sprječava otvaranje domaćeg partikularnog stečajnog postupka. Naime, ako su ispunjene pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju glavnog stečajnog postupka, u okviru postupka priznanja može se otvoriti jedino domaći tzv. sekundarni stečajni postupak (čl. 325. st. 1, čl. 326.-331. SZ).

Ranije priznata strana odluka o otvaranju posebnog stečajnog postupka ne sprječava otvaranje domaćeg posebnog stečajnog postupka, zbog pravila koja određuju koju imovinu dužnika posebni (partikularni ili sekundarni) stečajni postupak obuhvaća, a što ćemo odmah pobliže objasniti.

2.2. Imovina koju partikularni stečajni postupak obuhvaća

Prema čl. 302. st. 4. SZ-a partikularni stečajni postupak obuhvaća samo imovinu dužnika koja se nalazi u Republici Hrvatskoj.

Pri tomu ne igra ulogu je li partikularni stečajni postupak otvoren na temelju tuzemne poslovne jedinice ili u slučaju da ju dužnik u Hrvatskoj nema, samo na temelju tuzemne imovine dužnika. U oba slučaja partikularni postupak obuhvatit će svojom stečajnopravnom zapljenom cjelokupnu imovinu dužnika koja se nalazi u Hrvatskoj.²⁴

²³ Više o tome u odjeljku 2.6. ovoga rada.

²⁴ Spomenimo da prema vladajućem mišljenju u švicarskoj literaturi švicarski partikularni stečajni postupak koji je otvoren u skladu s čl. 50. st. 1. švicarskoga Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs od 11. 4. 1889/16. 12. 1994. na temelju podružnice koju strani dužnik ima u Švicarskoj obuhvaća samo onu imovinu tog dužnika koja se nalazi u Švicarskoj što pripada podružnici na temelju njezinih aktivnosti. Vidi primjerice Staehelin Daniel, *Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz* (Art. 166ff IPRG), Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen (SIRIB), Band 45, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1989, str. 103; Breitenstein Stefan, *Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten – Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Schweizer Studien zum internationalen Recht, Band 64, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 1990, rub. br. 230; Kren Kostkiewicz Jolanta, *Internationales Konkursrecht: Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Durchführung eines Sekundärkonkurses in der Schweiz*, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, 1993, br. 1, str. 12; Theus Simoni Fabiana, *Englische, walisische und französische Konkursverwalter in der Schweiz*, Schweizer Studien zum Internationalen Recht, Band 102, hrsg. von der Schweizerischen Vereinigung für Internationales Recht, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 1997, str. 327, 329.

U pogledu određenja koja se imovina nalazi u tuzemstvu, osobito kad je riječ o tražbinama dužnika, analogno treba primijeniti čl. 309. st. 3. SZ-a, te uzeti da se tražbine stečajnog dužnika nalaze u Hrvatskoj, ako dužnici stečajnog dužnika svoje sjedište, odnosno prebivalište imaju u Hrvatskoj.

U pogledu vremenskog određenja koji predmeti ulaze u stečajnu masu i podliježu stečajnopravnoj zapljeni, kao kriterij treba uzeti dan otvaranja partikularnog stečajnog postupka.

Spomenuo da partikularni stečajni postupak i prema njemačkom Insolvenzordnung-u (§ 354. st. 1. InsO) kao i prema Europskoj uredbi o insolventijskom postupku može obuhvaćati samo imovinu dužnika u državi njegovog otvaranja (čl. 3. st. 2. reč. 2. EuUrIns). Riječ je o uobičajenom rješenju u međunarodnom stečajnom/insolventijskom pravu, posebno kad je riječ o europskim kontinentalnim pravnim sustavima, jer se smatra da stečajni postupak koji je otvoren na temelju supsidijarne nadležnosti ne može, za razliku od stečajnog postupka koji je otvoren na temelju primarne nadležnosti, pretendirati da obuhvati cjelokupnu imovinu dužnika, i u tuzemstvu i u inozemstvu, budući da je veza s imovinom dužnika u inozemstvu preslaba²⁵.

S obzirom na to da je partikularni stečajni postupak ograničen na dužnikovu imovinu u državi njegovog otvaranja, potreba za njegovim priznanjem u drugoj državi u međunarodnom stečajnom/insolventijskom pravu javit će se rijetko, ali je ipak moguća, primjerice: ako upravitelj stranog partikularnog postupka pobija radnje stečajnog dužnika koje se tiču predmeta koje se nalaze u tuzemstvu, ili su predmeti dužnika koji se nalaze u tuzemstvu protupravno izneseni iz države otvaranja partikularnog postupka nakon njegovog otvaranja pa su obuhvaćeni stečajnopravnom zapljenom toga stranog partikularnog postupka, ili je stečajni upravitelj stranog partikularnog postupka predmete koji ulaze u njegovu stečajnu masu prenio u tuzemstvo radi njihove prodaje u svrhu postizanja povoljnije cijene, ili je riječ o predmetima u tuzemstvu, koje je dotični strani stečajni upravitelj stekao sredstvima stečajne mase stranog partikularnog stečajnog postupka, itd. U tim slučajevima ako je otvoren i domaći partikularni stečajni postupak protiv istog stečajnog dužnika, bit će potrebno razgraničiti predmete koji ulaze u masu stranog partikularnog i predmete koji ulaze u masu domaćeg partikularnog stečajnog postupka.

Inače, u pogledu pitanja koje pravo određuje koji predmeti dužnikove imovine uopće podliježu stečajnopravnoj zapljeni, pri čemu se pravni poredci mogu razlikovati u pogledu rješenja koja su sredstva potrebna dužniku za dostojan život te što je s imovinom koja se stječe poslije otvaranja stečajnog postupka, u međunarodnom stečajnom/insolventijskom pravu uobičajeno je rješenje da je za to pitanje mjerodavno pravo države otvaranja stečajnog postupka, dakle *lex fori concursus*.²⁶ Isto rješenje vrijedi i u našem hrvatskom pravu, što proizlazi iz čl. 303. SZ-a, prema kojem se pravni učinci otvaranja stečajnog postupka određuju prema

25 Detaljnije o tome Garašić, op. cit. u bilj. 1, knjiga I, str. 358.-374.

26 Detaljnije o tome Garašić, op. cit. u bilj. 1, knjiga II, str. 184.-208.

pravu države u kojoj je postupak otvoren, ako zakon nešto drugo ne određuje. Ta odredba vrijedi kako za glavni, tako i za posebni partikularni i za posebni sekundarni stečajni postupak. Drugim riječima, odredbe čl. 67.-69. SZ-a odredit će koji će predmeti dužnika podlijegati stečajnopravnoj zapljeni u domaćem partikularnom stečajnom postupku.

2.3. Stečajni razlozi za otvaranje partikularnog stečajnog postupka

Stečajni zakon ne sadrži posebne odredbe koje bi regulirale pitanje stečajnog razloga kod otvaranja partikularnog stečajnog postupka. Stoga slijedi, da se i ovaj domaći postupak, kao i domaći glavni stečajni postupak, može otvoriti jedino ako se utvrdi postojanje kojega od zakonom predviđenih stečajnih razloga (čl. 4. st. 1, čl. 303. SZ).

Dakle, ako strani glavni stečajni postupak još nije otvoren ili je otvoren, ali nije ili još nije priznat u Republici Hrvatskoj, da bi se otvorio domaći partikularni stečajni postupak potrebno je utvrditi postojanje jednog od stečajnih razloga.

Prema čl. 302. st. 5. SZ-a ako je strani glavni stečajni postupak priznat u Republici Hrvatskoj, tada prilikom otvaranja domaćeg posebnog stečajnog postupka sud neće ispitivati postojanje stečajnoga razloga. Priznanje stranog glavnog stečajnog postupka ovdje, naime ima funkciju utvrđenog stečajnog razloga. No, treba naglasiti da je u ovoj odredbi riječ o otvaranju sekundarnog, a ne partikularnog postupka (čl. 325. SZ), budući da se u slučaju priznanja stranog glavnog stečajnog postupka više ne može otvoriti partikularni, već samo sekundarni stečajni postupak.

Ni njemački Insolvenzordnung nema posebnu odredbu kojom regulira insolventijski razlog u slučaju otvaranja partikularnog insolventijskog postupka, pa vrijedi opće pravilo kao i kod glavnog insolventijskog postupka, da se insolventijski razlog mora utvrditi kako bi se insolventijski postupak smio otvoriti (§ 16. InsO).²⁷ Jednako kao i hrvatsko pravo i njemačko pravo predviđa da nije potrebno utvrđivati postojanje insolventijskog razloga, ako je priznat strani glavni insolventijski postupak te se radi o otvaranju domaćeg sekundarnog postupka (§ 356. st. 3. InsO).

Europska uredba o insolventijskim postupcima sadrži pravilo prema kojem pravo države članice otvaranja insolventijskog postupka regulira pod kojim se uvjetom insolventijski postupak otvara (čl. 4. st. 2. reč. 1. EuUrIns). To pravilo treba tumačiti na način da ono vrijedi kako za glavni, tako i partikularni i sekundarni insolventijski postupak. Nema sumnje da to pravilo obuhvaća i reguliranje vrste insolventijskih razloga, kao i način njihovoga utvrđenja.²⁸ Europska uredba izričito

27 Ludwig, op. cit. u bilj. 2, str. 182; Wimmer, op. cit. u bilj. 2, § 354, rub. br. 9.-10; Kemper/Paulus, op. cit. u bilj. 10, § 354, rub. br. 18.-22; Kebekus Frank/Sabel Oliver/Schlegel Ursula, u knjizi InsO, Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. von Marie Luise Graf-Schlicker, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, 2010, § 354, rub. br. 5.

28 Kolmann Stephan, Kooperationsmodelle im Internationalen Insolvenzrecht: empfiehlt sich für das deutsche internationale Insolvenzrecht eine Neuorientierung?, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Band 198, Giesecking, Bielefeld, 2001, str. 335.

određuje, da u situaciji u kojoj je priznat glavni insolventni postupak neke od države članice, u tuzemstvu se može otvoriti sekundarni insolventni postupak, i to bez ispitivanja insolventnog razloga (čl. 27. st. 1. EuUIn).

U teoriji o međunarodnom stečajnom/insolventnom pravu vodi se diskusija o tomu u kojoj je mjeri stečajni razlog prezaduženosti uopće primjeren za primjenu u slučaju otvaranja partikularnog stečajnog postupka, koji svoje učinke u pravilu ograničava samo na tuzemnu imovinu stečajnog dužnika, a prezaduženost kao takva se po prirodi stvari može utvrđivati samo u odnosu na cjelokupnu dužnikovu tuzemnu i inozemnu imovinu. Isto tako postavlja se pitanje da li se kod otvaranja ove vrste stečajnog postupka nesposobnost za plaćanje mora utvrditi samo u odnosu na sredstva i ponašanje dužnika u državi u kojoj se takav stečajni postupak želi otvoriti ili se mora uzeti u obzir sveukupna dužnikova imovina i mogućnost namirenja tražbine na imovini u drugim državama. U traženju odgovora na ovo pitanje svakako bi trebalo voditi računa o tomu da dužnik ne bi smio prisiljavati svoje vjerovnike da po cijelom svijetu istražuju gdje on ima imovinu.²⁹ S tim u vezi može se spomenuti odluka njemačkoga Bundesgerichtshof-a od 11. 7. 1991. u kojoj je rečeno da se u slučaju otvaranja domaćeg partikularnog postupka treba uzeti u obzir sposobnost plaćanja domaće podružnice, strane glavne podružnice (sjedišta) dužnika, te eventualno i podružnica u drugim europskim zemljama, ali ne podružnica dužnika na čitavom svijetu.³⁰

Hrvatsko pravo pobrinulo se putem čl. 2. Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona iz 2006. godine³¹ za jedno sa stajališta dužnika strogo, ali sa stajališta vjerovnika učinkovito rješenje, koje dolazi do primjene ne samo kod otvaranja glavnog već i partikularnog stečajnog postupka. Smatra se da je dužnik nesposoban za plaćanje ako ima evidentirane nepodmirene obveze kod banke koja za njega obavlja poslove platnog prometa u razdoblju duljem od 60 dana, a koje je trebalo, na temelju valjanih osnova za naplatu, bez daljnjeg pristanka dužnika naplatiti s bilo kojeg od njegovih računa. Okolnost da je dužnik u tom razdoblju imao sredstava na drugim svojim računima, kojima su se mogle namiriti sve te tražbine, ne znači da je sposoban za plaćanje (čl. 4. st. 4. SZ). Naravno, ove se odredbe sada trebaju tumačiti u skladu s novim Zakonom o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima.³² U svakom slučaju, vjerovnik nije dužan po cijelom svijetu tražiti novčana sredstva dužnika.

29 Detaljnije o diskusiji o ovom pitanju vidjeti Garašić, op. cit. u bilj. 1, knjiga I, str. 378.-380.

30 BGH, Urt. v. 11. 7. 1991. – IX ZR 230/90, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1991, str. 1014, 1015. – Usp. Ludwig, op. cit. u bilj. 2, str. 182.-188; Wimmer, op. cit. u bilj. 2, § 354, rub. br. 9.-10; Kemper/Paulus, op. cit. u bilj. 10, § 354, rub. br. 20.-22; Kebekus/Sabel/Schlagel, op. cit. u bilj. 27, § 354, rub. br. 5.

31 Zakon o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona, Narodne novine, br. 82/06.

32 Zakon o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima, Narodne novine, br. 91/10.

2.4. Ovlaštenje na podnošenje prijedloga za otvaranje partikularnog stečajnog postupka

Već je ranije rečeno u ovom radu da će stečajni sudac, u situaciji kada odbije prijedlog za priznanje strane odluke o otvaranju glavnog stečajnog postupka u okviru formalnog postupka za priznanje, po prijedlogu vjerovnika ili dužnika, ako je to potrebno radi ravnomyernoga namirenja svih dužnikovih vjerovnika, otvoriti posebni partikularni stečajni postupak (čl. 332. st. 1. SZ). Prijedlog za otvaranjem partikularnog stečajnog postupka vjerovnik, odnosno dužnik može podnijeti u roku od osam dana od dana objave rješenja o odbijanju prijedloga za priznanje na oglasnoj ploči suda (čl. 332. st. 2. reč. 1. SZ). On može biti sadržan već i u podnesku kojim se na poziv suda vjerovnik odnosno dužnik odaziva sudu da u roku od petnaest dana od objave oglasa u Narodnim novinama o podnesenom prijedlogu za priznanje prijavi stečajnom sucu svoju tražbinu, odnosno da se izjasni o postojanju pretpostavki za priznanje strane odluke te mogućim teškoćama u namirenju tražbina u stranom stečajnom postupku (čl. 332. st. 2. reč. 2. u vezi s čl. 313. st. 1. toč. 4. SZ). Mogućnost vođenja partikularnog stečajnog postupka u ovoj situaciji daje se kako bi se spriječila utrka vjerovnika na tuzemnu imovinu dužnika u obliku ovršnih postupaka te neravnomyerno namirenje njegovih vjerovnika, pa pravni interes vjerovnika za predlaganje partikularnog postupka leži upravo u tome.

Osim toga, već je spomenuto da zakon izričito ovlašćuje svakog vjerovnika i dužnika da traži otvaranje partikularnog stečajnog postupka u Republici Hrvatskoj, neovisno o tome što je otvoren glavni stečajni postupak u drugoj državi, ako su ispunjeni uvjeti zbog kojih bi se prijedlog za priznanje strane odluke o otvaranju glavnog stečajnog postupka mogao odbiti (čl. 334. st. 1. SZ). I u ovom slučaju stečajni sudac će otvoriti stečajni postupak ako to zahtijeva načelo ravnomyernoga namirenja svih dužnikovih vjerovnika (čl. 334. st. 2. SZ), pri čemu će on prigodom donošenja rješenja o otvaranju partikularnog postupka o nemogućnosti priznanja strane odluke o otvaranju glavnog stečajnoga postupka odlučiti kao o prethodnom pitanju (čl. 334. st. 3. SZ).

U ostala dva slučaja kada se može tražiti otvaranje partikularnog stečajnog postupka na temelju same tuzemne dužnikove imovine, naime u slučaju kada se u državi u kojoj dužnik ima središte poslovnoga djelovanja stečajni postupak protiv njega ne može otvoriti zbog uvjeta predviđenih u stečajnom pravu te države, premda postoji stečajni razlog (čl. 302. st. 2. toč. 1. SZ) te kada prema pravu države u kojoj dužnik ima središte poslovnoga djelovanja stečajni postupak obuhvaća samo imovinu dužnika u toj državi (čl. 302. st. 2. toč. 2. SZ), kao i slučajevima u kojima se može tražiti otvaranje partikularnog stečajnog postupka na temelju poslovne jedinice stečajnog dužnika, zakon ne regulira izričito tko je ovlašten tražiti njegovo otvaranje. Iz toga slijedi da vrijede opća pravila o ovlaštenju na podnošenje prijedloga za otvaranje stečajnog postupka, što bi značilo da bi i u ovim slučajevima bili ovlašteni i vjerovnik i dužnik predložiti otvaranje partikularnog stečajnog postupka (čl. 39. st. 1, čl. 303. SZ).

No, u pogledu ovlaštenja dužnika da traži otvaranje partikularnog stečajnog postupka može se postaviti pitanje treba li ono biti tako široko. Nema sumnje da bi stečajnom dužniku trebalo pripadati to ovlaštenje, neovisno ima li u Hrvatskoj poslovnu jedinicu ili samo imovinu, kada se u državi u kojoj on ima središte poslovnog djelovanja stečajni postupak protiv njega ne može otvoriti zbog uvjeta predviđenih u stečajnom pravu te države premda postoji stečajni razlog (čl. 302. st. 2. toč. 1. SZ) ili kada prema pravu države u kojoj on ima središte poslovnog djelovanja stečajni postupak obuhvaća samo imovinu dužnika u toj državi (čl. 302. st. 2. toč. 2. SZ) te kada je u pitanju nepriznavanje stranog glavnog postupka (čl. 332. st. 1, čl. 334. st. 1. SZ), budući da se u ovim slučajevima ostvaruje nadomjesna funkcija partikularnog stečajnog postupka. No, upitno je treba li on doista imati to ovlaštenje u drugim slučajevima kada ima poslovnu jedinicu u tuzemstvu, kako to proizlazi iz povezanosti čl. 39. st. 1. i čl. 302. st. 1. SZ-a, s obzirom na to da su obveze tuzemne poslovne jedinice ujedno i obveze središnjice koja se nalazi u inozemstvu (dakle pravne osobe u cijelosti) te stoga postoji opasnost zloupotrebe da se nelikvidni tuzemni dijelovi stranog poduzeća likvidiraju na račun domaćih vjerovnika. Ipak, treba istaknuti da provođenje i zaključenje domaćeg partikularnog stečajnog postupka ne bi automatski lišilo domaće vjerovnike prava da nenamirene dijelove svoje tražbine ostvaruju na dužnikovoj imovini u inozemstvu, budući da dužnik za svoje obveze odgovara svojom čitavom tuzemnom i inozemnom imovinom.

Strani stečajni upravitelj prema hrvatskom pravu nije ovlašten zahtijevati otvaranje domaćeg partikularnog stečajnog postupka, već samo sekundarnog stečajnog postupka (čl. 325. st. 1. SZ), budući da je pretpostavka za njegovo djelovanje u Republici Hrvatskoj priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog postupka u kojem je on imenovan stečajnim upraviteljem.

Njemački Insolvenzordnung ovlašćuje samo vjerovnika na pokretanje partikularnog insolventijskog postupka, pri čemu vjerovnik, ako dužnik nema podružnicu u Njemačkoj, već samo imovinu, mora dodatno učiniti vjerojatnim postojanje posebnog interesa za otvaranje tog postupka, posebno ako bi on u stranom postupku predvidljivo znatno lošije stajao no u domaćem postupku (§ 354. st. 1. i 2. InsO).³³ Mnogi njemački autori smatraju da dužnik ne treba imati ovlaštenje za podnošenje prijedloga za otvaranje partikularnog insolventijskog postupka zbog opasnosti od zloupotreba.³⁴

U onom slučaju u kojem otvaranje glavnog insolventijskog postupka s obzirom na uvjete, koji su predviđeni u državi članici, u kojoj dužnik ima centar svojih glavnih

33 Vidjeti Ludwig, op. cit. u bilj. 2, str. 180.-182; Garašić, op. cit. u bilj. 1, knjiga I, str. 390.-392; Torz, op. cit. u bilj. 10, str. 178.-204; Wimmer, op. cit. u bilj. 2, § 354, rub. br. 12-13; Kemper/Paulus, op. cit. u bilj. 10, § 354, rub. br. 11.-14;

34 Primjerice Hanisch, op. cit. u bilj. 14, str. 202, 214; Eidenmüller Horst, Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zukünftiges deutsches Internationales Insolvenzrecht, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax), 2001, str. 2, 13; Wimmer, op. cit. u bilj. 2, § 354, rub. br. 6; Kemper/Paulus, op. cit. u bilj. 10, § 354, rub. br. 15.

interesa, nije moguće, Europska uredba o insolventijskim postupcima ne predviđa nikakvo ograničenje u pogledu kruga osoba koje su ovlaštene tražiti otvaranje partikularnog insolventijskog postupka (čl. 3. st. 4. sl. a) EuUrIns). Pretpostavka je, naravno, da dužnik u drugoj državi članici u kojoj se želi otvoriti partikularni insolventijski postupak ima podružnicu (čl. 3. st. 2. EuUrIns). Temeljem čl. 4. st. 2, reč. 1. EuUrIns koji određuje da pravo države članice otvaranja insolventijskog postupka određuje pod kojim se uvjetima insolventijski postupak može otvoriti, slijedi da će i u slučaju partikularnog insolventijskog postupka, pravo države članice u kojoj se on želi otvoriti određivati tko će biti ovlašten tražiti njegovo otvaranje. No, u slučaju u kojem se glavni insolventijski postupak u državi članici u kojoj dužnik ima centar svojih glavnih interesa još nije otvorio, ali je njegovo otvaranje moguće, Europska uredba predviđa ograničenja te određuje, da tada otvaranje partikularnog insolventijskog postupka u državi članici, u kojoj se nalazi podružnica dužnika, može zahtijevati samo vjerovnik čije se prebivalište, uobičajeno boravište ili sjedište nalazi u toj istoj državi članici ili se njegova tražbina zasniva na obvezi koja je proizašla iz poslovanja te podružnice (čl. 3. st. 4. sl. i b) EuUrIns).³⁵

Kao što vidimo, za razliku od njemačkoga prava i Europske uredbе o insolventijskim postupcima ograničenje ovlaštenja vjerovnika i stečajnog dužnika da traže otvaranje partikularnog stečajnog postupka u hrvatskom pravu postignuto je posredno, i to tako da se u slučaju kada stečajni dužnik nema poslovnu jedinicu, već samo imovinu u Hrvatskoj, međunarodna nadležnost hrvatskoga suda ograničava na svega četiri zakonom izričito predviđena slučaja (čl. 302. st. 2. toč. 1.-4. SZ).

2.5. Eventualne dodatne pretpostavke za otvaranje partikularnog stečajnog postupka

Stečajni zakon u pogledu mogućnosti otvaranja partikularnog stečajnog postupka ne predviđa nikakve druge dodatne pretpostavke specifične za tu vrstu stečajnog postupka. Stečajni sudac nema ovlaštenje da pri otvaranju ovog postupka procijenjuje gospodarsku primjerenost njegovog provođenja, kao što je to u slučaju prijedloga za otvaranje sekundarnog stečajnog postupka kod određenih vrsta vjerovnika ovlašten (čl. 326. st. 3. SZ).

No, kako u slučaju domaćeg glavnog, tako i u slučaju domaćega partikularnog stečajnog postupka vrijedit će odredba čl. 63. st. 1. reč. 1. SZ-a prema kojoj će stečajni sudac donijeti odluku o otvaranju i zaključenju stečajnoga postupka, ako tijekom prethodnoga postupka utvrdi da imovina dužnika koja bi ušla u stečajnu

35 Duursma-Kepplinger Henriette-Christine, u knjizi: Duursma-Kepplinger Henriette-Christine/Duursma Dieter/Chalupsky Ernst, *Europäische Insolvenzverordnung, Kommentar*, Springer, Wien-NewYork, 2002, čl. 3, rub. br. 94.-95; čl. 29, rub. br. 13.-14; Smid, op. cit. u bilj. 22, str. 45.-47; Ludwig, op. cit. u bilj. 2, str. 231.-232; Dawe, op. cit. u bilj. 10, 197.-206; Garašić, op. cit. u bilj. 1, knjiga I, str. 399.-400; Paulus Christoph G., *Europäische Insolvenzverordnung, Kommentar*, RIW - Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2006, čl. 3, rub. br. 61.-66.

masu nije dostatna ni za namirenje troškova toga postupka ili je neznatne vrijednosti (usp. čl. 303. SZ). U tom se slučaju partikularni stečajni postupak neće provoditi (čl. 63. st. 1. reč. 2. SZ). No, postupak se ipak neće zaključiti ako se u roku koji rješenjem odredi stečajni sudac predujmi dostatan iznos novca za pokriće troškova kako prethodnog, tako i otvorenog stečajnog postupka (čl. 63. st. 1. reč. 3. SZ³⁶).

Ni njemački Insolvenzordnung ne predviđa dodatne, specifične pretpostavke za otvaranje partikularnog insolventijskog postupka. Suglasno je mišljenje u literaturi da će insolventijski sud odbiti prijedlog za otvaranje takvog postupka, jednako kao i kod domaćega glavnog insolventijskog postupka, ako imovina dužnika predvidljivo ne bi dostajala da se pokriju troškovi postupka, izuzev ako se predujmi dostatan novčani iznos za njihovo pokriće (§ 26. st. 1. reč. 1. i 2. i § 335. InsO).³⁷

Europska uredba o insolventijskim postupcima također ne predviđa dodatne, specifične pretpostavke za otvaranje partikularnog insolventijskog postupka koje bi vrijedile jedinstveno za sve države članice. To je pitanje prepustila regulaciji prava države članice u kojoj se takav postupak želi otvoriti (čl. 4. st. 1. i 2. EuUrIns).³⁸

2.6. Pravo sudjelovanja odnosno pravo na namirenje tražbine vjerovnika u partikularnom stečajnom postupku

Hrvatski Stečajni zakon ne sadrži odredbu koja bi ograničavala pravo vjerovnika da sudjeluju u partikularnom stečajnom postupku. Stoga slijedi zaključak, da svi vjerovnici dužnika u njemu mogu prijaviti svoju tražbinu, i ako ona bude utvrđena, mogu je i namiriti u visini koja zavisi od visine stečajne mase koja će se raspodijeljivati u njemu.³⁹ To je ispravno zakonsko rješenje, jer se isključivanje, odnosno ograničavanje vjerovnika u sudjelovanju u partikularnom postupku materijalnoopravno ne da opravdati, budući da dužnik za svaku svoju obvezu odgovara svojom cjelokupnom imovinom.

Odredbe Stečajnog zakona koje reguliraju namirenje vjerovnika koje vrijede za domaći glavni stečajni postupak vrijedit će i u partikularnom stečajnom postupku, jer nema posebne zakonske odredbe, kojom se za partikularni postupak u tom pogledu odstupa (čl. 303. SZ). Drugačije je u pogledu sekundarnog stečajnog postupka u kojem vrijede posebna pravila o namirenju (čl. 328. SZ), uvjetovana povezanošću

36 Čl. 63. st. 1. reč. 3. SZ dodana je u zakonski tekst putem čl. 34. Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona iz 2006.

37 Primjerice: Metzger, op. cit. u bilj. 2, str. 166, 168; Spahlinger, op. cit. u bilj. 2, str. 132, 324; Reinhart, op. cit. u bilj. 9, čl. 102 EGIInsO, rub. br. 229; Kemper/Paulus, op. cit. u bilj. 10, § 354, rub. br. 7, 23.

38 Poblžiše o tome Garašić, op. cit. u bilj. 1, knjiga I, str. 419.-420.

39 Drugačije je prema švicarskom pravu, gdje u partikularnom stečajnom postupku koji je otvoren temeljem podružnice prema čl. 50. švicarskoga Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs mogu sudjelovati samo vjerovnici čije tražbine su nastale iz poslovanja s tom podružnicom. Detaljnije o tome Garašić, op. cit. u bilj. 1, knjiga I, str. 446.-447.

stranoga glavnog i domaćega sekundarnog stečajnog postupka.⁴⁰

No, ako bi nakon otvaranja domaćeg partikularnog stečajnog postupka u Hrvatskoj bila priznata strana odluka o otvaranju glavnog stečajnog postupka, tada bi ta priznata strana odluka proizvela učinke predviđene u člancima 327. do 331. SZ-a, što drugim riječima znači, da bi se domaći partikularni stečajni postupak pretvorio u sekundarni stečajni postupak (čl. 318. st. 2. reč. 1. SZ). U tom slučaju u pitanje se ipak ne bi mogli dovesti rezultati koji su već postignuti u dosadašnjem partikularnom stečajnom postupku. Tako stečajni upravitelj stranoga glavnog stečajnog postupka, koji je inače ovlašten u sekundarnom stečajnom postupku osporavati prijavljene tražbine (čl. 327. st. 1. SZ), u dosadašnjem partikularnom postupku neće moći osporiti tražbine vjerovnika koje su već utvrđene (čl. 318. st. 2. reč. 2. SZ). Isto tako, ako je na dan podnošenja prijedloga za priznanje strane odluke o otvaranju glavnog stečajnoga postupka istekao rok od petnaest dana od dana javne objave prvoga diobnoga popisa u domaćem partikularnom stečajnom postupku, dioba u domaćem stečajnom postupku neće se provoditi na temelju odluke o diobi donesene u stranom glavnom stečajnom postupku, što je inače moguće u sekundarnom stečajnom postupku (čl. 318. st. 2. reč. 3. SZ). Naime, treba uzeti da je u ovom slučaju raspodjela dužnikove imovine u okviru domaćeg posebnog postupka već predaleko napredovala, a da bi se uzimali u obzir rezultati iz stranoga glavnog postupka. Pretvaranje domaćeg partikularnog stečajnog postupka u sekundarni u

40 Tako se nakon namirenja troškova i ostalih obveza stečajne mase, izlučnih i razlučnih vjerovnika, te domaćih vjerovnika javnopravnih tražbina i nositelja obvezatnog socijalnog osiguranja iz čl. 326. st. 1. toč. 1. SZ kao i radnika dužnika s redovitim mjestom rada u Republici Hrvatskoj, preostala masa dijeli vjerovnicima u skladu s odlukom o diobi koju stečajni sudac donosi na temelju odluke o diobi ili njoj odgovarajuće diobne osnovne donesene u stranom glavnom stečajnom postupku (čl. 328. st. 1. reč. 1. SZ). Naravno, uvjet je da su pri izradi te strane diobne osnovne uzete u obzir tražbine koje su utvrđene u domaćem sekundarnom postupku kao i iznos preostale stečajne mase koja stoji na raspolaganju za diobu u Republici Hrvatskoj. Pretpostavka je naravno, i da stečajno/insolventijsko pravo države otvaranja glavnog stečajnog postupka ovakvo povezivanje stečajnih masa domaćeg i stranog stečajnog postupka uopće omogućava. Ako to nije slučaj, odnosno ako pri izradi strane odluke ili diobne osnovne nisu uzete u obzir tražbine utvrđene u sekundarnom stečajnom postupku u Republici Hrvatskoj, stečajni će sudac preostalu stečajnu masu podijeliti na vjerovnike, čije su tražbine utvrđene u stečajnom postupku u Republici Hrvatskoj, vodeći pri tomu računa o tomu u kojoj su mjeri pojedini od njih uzeti u obzir pri podjeli stečajne mase u stranom stečajnom postupku, ako su ujedno i tamo prijavili svoje tražbine (čl. 328. st. 1. reč. 2. SZ). Isto tako stečajni sudac pri podjeli preostale stečajne mase neće uzeti u obzir stranu odluku o diobi, ako je u njoj predviđena podjela rezultat primjene pravila koja su protivna hrvatskom javnom poretku (čl. 328. st. 2. reč. 1. SZ). Isto vrijedi, kada strana odluka o diobi nije stečajnom sucu dana unutar roka, koji je on odredio (čl. 328. st. 2. reč. 2. SZ), jer se ne može podjela u stranom glavnom stečajnom postupku čekati do unedogled. Stečajna masa koja preostane nakon namirenja vjerovnika u domaćem sekundarnom stečajnom postupku predaje se odmah stečajnom upravitelju glavnog stečajnog postupka (čl. 328. st. 3. SZ). Ako stečajna masa u Republici Hrvatskoj nije dostatna da bi se u potpunosti namirile sve tražbine utvrđene u domaćem sekundarnom stečajnom postupku, tada vjerovnici mogu nenamireni dio svojih tražbina namiriti samo u stranom stečajnom postupku prema pravilima stranoga stečajnoga prava (čl. 328. st. 4. SZ).

slučaju naknadno priznate odluke o otvaranju stranoga glavnog stečajnog postupka važno je zbog uspostavljanja suradnje između organa domaćeg i stranog stečajnog postupka, kao i postizanja ravnomjernijeg namirenja vjerovnika stečajnog dužnika.

Njemački Insolvenzordnung ne ograničava pravo sudjelovanja i namirenja dužnikovih vjerovnika u partikularnom insolventijskom postupku, tako da će i u njemačkom pravu vrijediti da se vjerovnici u tom postupku namiruju u načelu prema pravilima koja vrijede za domaći glavni insolventijski postupak⁴¹. Nažalost, njemački zakonodavac nije odredio kako se treba postupati, ako je strani glavni insolventijski postupak koji se može priznati, otvoren nakon otvaranja domaćeg partikularnog insolventijskog postupka.

Prema Europskoj uredbi o insolventijskim postupcima pravo sudjelovanja odnosno pravo na namirenje tražbina vjerovnika u partikularnom insolventijskom postupku regulira pravo države u kojoj je takav postupak otvoren (čl. 4. st. 2. lit. g), h), i) EuUrIns). No, postoji jedno zajedničko pravilo za sve države članice, a to je da svaki vjerovnik koji svoje uobičajeno boravište, prebivalište ili sjedište nema u državi članici otvaranja insolventijskog postupka, ali ga ima u drugoj državi članici, može svoje tražbine u dotičnom insolventijskom postupku prijaviti (čl. 39. EuUrIns), pri čemu to ovlaštenje obuhvaća i porezne vlasti te nositelje socijalnog osiguranja kada imaju ulogu vjerovnika. To je određenje u pogledu javnopravnih tražbina bilo nužno spomenuti u ovoj uredbi, jer u međunarodnopravnoj praksi se javnopravne tražbine još uvijek ne mogu prijaviti i namiriti u stranom stečajnom postupku, ako ne postoji izričiti sporazum država o tomu.⁴² Europska uredba o insolventijskim postupcima, slično kao i hrvatsko pravo, predviđa pretvorbu partikularnog insolventijskog postupka u sekundarni, kada se nakon otvaranja partikularnog postupka u jednoj državi otvori glavni insolventijski postupak u drugoj državi članici (čl. 36. EuUrIns).

2.7. Suradnja organa domaćeg partikularnog stečajnog postupka s organima stranog stečajnog postupka protiv istog dužnika

Pitanje suradnje između organa domaćeg i organa stranog stečajnog postupka u prvom se redu postavlja u odnosu između glavnog i sekundarnog odnosno sekundarnih stečajnih postupaka, pa se u tu svrhu predviđaju različiti oblici suradnje organa spomenutih vrsta postupaka kako u našem Stečajnom zakonu (v. čl. 307. st. 1. i 2, čl. 327, čl. 330, čl. 331. SZ), tako i u njemačkom pravu (§ 342, § 357. i § 358.

41 Vidjeti primjerice Liersch Oliver, Deutsches Internationales Insolvenzrecht, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI), 2003, 302, 309; Habscheid Edgar J., Konkurs in den USA und seine Wirkungen in Deutschland (und umgekehrt), Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI), 2003, 238, 242; Ludwig, op. cit. u bilj. 2, str. 189.-193; Dawe, op. cit. u bilj. 10, str. 118; Kemper/Paulus, op. cit. u bilj. 10, § 354, rub. br. 11, 23.

42 Detaljnije o pravu sudjelovanja vjerovnika u partikularnom insolventijskom postupku prema Europskoj uredbi o insolventijskim postupcima vidjeti Garašić, op. cit. u bilj. 1, knjiga I, str. 456.-460; Ludwig, op. cit. u bilj. 2, str. 233.-234.

InsO) te Europskoj uredbi o insolventijskim postupcima (čl. 31.-36. SZ).⁴³

Partikularni stečajni postupak sasvim je nezavisan, gotovo izoliran stečajni postupak, koji uopće ne pretpostavlja postojanje drugih stečajnih postupaka protiv istog dužnika. No, budući da je ipak moguće da pored domaćeg partikularnog stečajnog postupka istovremeno postoje neki drugi stečajni postupci protiv istog dužnika, potrebno je i upravitelje partikularnih stečajnih postupaka obvezati na suradnju s upraviteljima tih drugih stečajnih postupaka barem u smislu razmjene obavijesti koje mogu biti od od značenja za provedbu dotičnih postupaka, a u svrhu zaštite interesa vjerovnika stečajnog dužnika. Takva obveza suradnje za upravitelje partikularnih stečajnih postupaka posredno proizlazi iz čl. 307. st. 1. reč. 1. i 2. našeg Stečajnog zakona, te iz § 357. st. 1. reč. 1. njemačkoga Insolvenzordnung-a, dok nažalost, Europska uredba o insolventijskim postupcima nema odredbu iz kojih bi ta obveza za te upravitelje proizlazila. Iz istih razloga bila bi potrebna, barem na razini razmjene obavijesti, i suradnja sudova iz različitih država koji vode dotične paralelne stečajne postupke protiv istog stečajnog dužnika, što niti naše, niti njemačko pravo, a niti Europska uredba o insolventijskom pravu izričito ne predviđa.

3. ZAKLJUČCI

Međunarodna nadležnost hrvatskoga suda za otvaranje partikularnog stečajnog postupka postoji za onog dužnika koji nema središte poslovnog djelovanja u Hrvatskoj, ali ima poslovnu jedinicu (čl. 302. st. 1. SZ). Ako dužnik ima samo imovinu u Hrvatskoj, tada međunarodna nadležnost hrvatskoga suda za otvaranje takvog postupka postoji jedino ako se radi o jednom od četiri izričito predviđenih slučajeva iz čl. 302. st. 2. toč. 1.-4. SZ. To se čini boljim rješenjem od njemačkoga zakonodavca, koji u situaciji kada dužnik nema podružnicu, već samo imovinu u tuzemstvu, zahtijeva od vjerovnika da učini vjerojatnim postojanje posebnog interesa za otvaranje partikularnog postupka, posebno ako bi on u stranom postupku predvidljivo znatno lošije stajao no u domaćem postupku (§ 354. st. 1. i 2. InsO), što predstavlja pravni standard, koji nužno u sebi nosi određen stupanj pravne nepredvidivosti i nesigurnosti u pogledu njegovog tumačenja. Hrvatsko rješenje čini se boljim i od rješenja Europske uredbi o insolventijskim postupcima koji

43 Primjerice: razmjena obavijesti između stečajnih upravitelja; ovlaštenje upravitelja glavnog stečajnog postupka da u sekundarnom stečajnom postupku osporava prijavljene tražbine; ovlaštenje upravitelja glavnog stečajnog postupka da u okviru sekundarnog stečajnog postupka pobija radnje stečajnog dužnika prema pravilima stečajnog prava sekundarnog postupka; ovlaštenje upravitelja glavnog, ali i sekundarnog stečajnog postupka da tražbine koje su u postupku u kojem je on imenovan prijavljene, prijavi u drugom stranom postupku; pravo tih upravitelja da u stranom stečajnom postupku za vjerovnike vrše pravo glasa; zatim ovlaštenje upravitelja glavnog stečajnog postupka da utječe na unovčenje, odnosno diobu stečajne mase sekundarnog stečajnog postupka, posebice ovlaštenje upravitelja glavnog stečajnog postupka da traži privremenu odgodu unovčenja stečajne mase sekundarnog stečajnog postupka, itd.

u situaciji postojanja samo tuzemne imovine, a ne i podružnice stranog insolventijskog dužnika, u potpunosti isključuje mogućnost otvaranja partikularnog insolventijskog postupka (čl. 3. st. 2. reč. 1. EuUrIns). Svojim načinom regulacije međunarodne nadležnosti za otvaranje partikularnog stečajnog postupka, hrvatski zakonodavac je s jedne strane uzeo u obzir opasnost od zloupotrebe foruma imovine te druge njegove nedostatke, a s druge strane primjereno osigurao ostvarivanje tzv. dopunske, odnosno nadomjesne funkcije partikularnog stečajnog postupka i u situaciji nepostojanja tuzemne poslovne jedinice (podružnice) stranog stečajnog dužnika, posebice, kada će tuzemna imovina stranog stečajnog dužnika biti od veće vrijednosti.

Partikularni stečajni postupak obuhvaća samo tuzemnu dužnikovu imovinu (čl. 302. st. 4. SZ) s obzirom da se otvara na temelju supsidijarne, a ne primarne nadležnosti. Riječ je o uobičajenom rješenju u krugu europskih kontinentalnih pravnih sustava (§ 354. st. 1. InsO; čl. 3. st. 2. reč. 2. EuUrIns).

Kako kod glavnog stečajnog postupka, tako i kod partikularnog, potrebno je, da bi se on otvorio, utvrditi postojanje stečajnog razloga (čl. 4. st. 1. SZ). I ovdje je riječ o uobičajenom zakonskom rješenju u međunarodnom stečajnom/insolventijskom pravu (§ 16. i § 356. st. 3. InsO; čl. 4. st. 2. reč. 1. i čl. 27. st. 1. EuUrIns).

Otvaranje partikularnog stečajnog postupka ovlaštenu su zahtijevati vjerovnici stečajnog dužnika te sam dužnik (čl. 39. st. 1, čl. 303, čl. 332. st. 1, čl. 334. st. 1. SZ). Može se postaviti pitanje je li doista potrebno da stečajni dužnik u situaciji postojanja poslovne jedinice u Republici Hrvatskoj ima to ovlaštenje u slučaju, kada je u stranoj državi moguće otvoriti glavni stečajni postupak, i kada se taj glavni stečajni postupak može priznati u tuzemstvu, budući da postoji opasnost da stečajni dužnik zloupotrijebi svoje ovlaštenje za otvaranje hrvatskoga partikularnog stečajnog postupka te pokuša postojeću nelikvidnost domaćih dijelova stranog poduzeća riješiti na račun domaćih vjerovnika. Stoga bi *de lege ferenda* u takvoj situaciji trebalo oduzeti ovlaštenje dužniku da traži otvaranje partikularnog stečajnog postupka u Hrvatskoj. U situaciji kada u Hrvatskoj ne postoji poslovna jedinica stečajnog dužnika već samo njegova imovina, ovlaštenje vjerovnika i stečajnog dužnika da traže otvaranje partikularnog stečajnog postupka posredno je ograničeno činjenicom što tada međunarodna nadležnost hrvatskoga suda za otvaranje takvog postupka postoji samo u četiri zakonom izričito predviđenim slučajevima (čl. 302. st. 2. toč. 1.-4. SZ). U njemačkom pravu (§ 354. st. 2. InsO) te u Europskoj uredbi o insolventijskim postupcima (čl. 3. st. 4. EuUrIns) ovlaštenje da se traži otvaranje partikularnog insolventijskog postupka izričito je i neposredno ograničeno.

Stečajni zakon nema drugih dodatnih pretpostavaka za otvaranje partikularnog stečajnog postupka. Kao i kod glavnog stečajnog postupka, tako i kod partikularnog, da bi se on otvorio, imovina dužnika koja bi ušla u stečajnu masu mora barem pokrivati troškove vođenja postupka (čl. 63. st. 1. reč. 1.-3. SZ). Opet se radi o jednom uobičajenom zakonskom rješenju u međunarodnom stečajnom/insolventijskom pravu (§ 26. st. 1. reč. 1.-2, § 335. InsO; čl. 4. st. 1. i 2. EuUrIns).

Pravo sudjelovanja u partikularnom stečajnom postupku prema hrvatskom pravu imaju svi vjerovnici stečajnog dužnika, što je u skladu s materijalnopравnim

pravilom, prema kojem stečajni dužnik za svaku svoju obvezu odgovara svojom cjelokupnom tuzemnom i inozemnom imovinom. U pogledu pravila o namirenju vjerovnika u tom postupku vrijede u načelu ista pravila kao i u slučaju namirenja u glavnom stečajnom postupku (čl. 303. SZ). No, ako se nakon otvaranja domaćeg partikularnog stečajnog postupka prizna strana odluka o otvaranju glavnog stečajnog postupka, domaći partikularni postupak pretvorit će se u sekundarni stečajni postupak, te će se u mjeri u kojoj je to moguće s obzirom na dosegnuti stadij domaćeg postupka primijenjivati odredbe o namirenju koje važe za sekundarni stečajni postupak (čl. 318. st. 1. i 2. SZ). Pretvorbom u sekundarni postupak postiže se primjena pravila o suradnji organa glavnog i sekundarnog stečajnog postupka te se ostvaruje ravnomjernije i pravednije namirenje vjerovnika stečajnog dužnika. Stoga takvo rješenje hrvatskoga i europskoga zakonodavca (čl. 36. EuUrIns), koje još nije prošireno u drugim pravnim sustavima, treba pozdraviti.

Premda je partikularni stečajni postupak sasvim nezavisan od ostalih stečajnih postupaka koji se paralelno mogu voditi protiv stečajnog dužnika u drugim državama, upravitelj partikularnog stečajnog postupka prema hrvatskom pravu, radi zaštite interesa vjerovnika, ipak ima obvezu suradnje s upraviteljima drugih stečajnih postupaka na razini razmjene pravno dopuštenih obavijesti koje mogu biti od značenja za provedbu tekućih stečajnih postupaka (čl. 307. st. 1. SZ). Ista bi obveza trebala postojati i za sudove koji vode dotične stečajne postupke, no u većini europskih pravnih sistema takvo zakonsko rješenje još ne postoji.

Spomenimo da je u usporedbi s otvaranjem glavnog ili sekundarnog stečajnog postupka, otvaranje partikularnog stečajnog postupka u praksi vrlo rijetko.

Zaključno se može ocijeniti da su pravila hrvatskoga stečajnog prava o partikularnom stečajnom postupku u skladu sa suvremenim kretanjima u međunarodnom stečajnom/insolventijskom pravu, što je između ostalog pokazala i usporedba s njemačkim pravom i Europskom uredbom o insolventijskim postupcima. Što više, mnoga rješenja smo anticipirali te je Glava X. našeg Stečajnog zakona iz 1996. godine koja regulira međunarodni stečaj bila jedan od prvih modernih izvora međunarodnog stečajnog/insolventijskog prava u Europi, u kojoj se međunarodno stečajno/insolventijsko pravo na zakonodavnoj razini počelo razvijati tek u prvim godinama 21. stoljeća.

Summary

SPECIAL, THE SO CALLED PARTICULAR BANKRUPTCY PROCEEDINGS IN CROATIAN LAW

The author in this article explores and analyses presumptions according to which a particular bankruptcy proceedings can be instituted and conducted in Croatia. Moreover, she makes a comparison with solutions contained in German law and the European Regulation on Insolvency Proceedings. The relevance of legislative solutions is assessed with respect to legislative choices implemented by Croatian, German and European legislators, especially the one governing the international jurisdiction for institution of particular bankruptcy proceedings, amount of property comprised within the particular bankruptcy proceedings, causes for insolvency to instigate particular bankruptcy proceedings, authorisation to submit a proposal to instigate particular bankruptcy proceedings, eventual additional presumptions for institution of particular bankruptcy proceedings, right to be involved in the proceedings, that is the right to settle a claim within the particular bankruptcy proceedings as well as cooperation between bodies of domestic particular bankruptcy proceedings with bodies of foreign bankruptcy proceedings against the same debtor. In her final remarks, the author summarizes the results of analysis and concludes that provisions governing the Croatian bankruptcy law with respect to particular bankruptcy proceedings are in harmony with contemporary tendencies in the international bankruptcy / insolvency law. The only legislative amendment which should be taken into consideration is the abolishment of insolvent debtor's authorisation to demand institution of particular bankruptcy proceedings in situation when he or she may demand institution of main bankruptcy proceedings.

Key words: *special bankruptcy proceedings, particular bankruptcy proceedings, presumptions for institution of particular bankruptcy proceedings, creditor's right to be involved in particular bankruptcy proceedings, international insolvency law.*

Zusammenfassung

SONDERKONKURSVERFAHREN ODER DAS S.G. PARTIKULARKONKURSVERFAHREN IM KROATISCHEN RECHT

In dieser Arbeit werden Vermutungen untersucht und analysiert, unter denen das Partikularkonkursverfahren in Kroatien eröffnet und durchgeführt werden kann. Gleichzeitig wird der Vergleich mit den Beschlüssen des deutschen Rechtes und der Europäischen Insolvenzverordnung gemacht. Die Angemessenheit von Gesetzesbeschlüssen wird bezüglich der Art und Weise ausgewertet, wie der kroatische, deutsche oder europäische Gesetzgeber Folgendes reguliert hat: internationale Zuständigkeit für Eröffnung des Partikularkonkursverfahrens; den Umfang des im Partikularkonkursverfahren eingeschlossenen Vermögens; Konkursgründe für Eröffnung des Partikularkonkursverfahrens; Vollmacht zur Antragstellung für Eröffnung des Partikularkonkursverfahrens; mögliche zusätzliche Vermutungen für Eröffnung des Partikularkonkursverfahrens; das Recht auf Teilnahme bzw. das Recht auf Forderungsvergütung im Partikularkonkursverfahren; und die Mitarbeit zwischen den Körperschaften des inländischen Partikularkonkursverfahrens mit den Körperschaften des fremden Partikularkonkursverfahrens gegen denselben Schuldner. Abschließend werden Analyseergebnisse summiert und es wird festgestellt, dass die Bestimmungen des kroatischen Konkursrechtes bezüglich des Partikularkonkursverfahrens im Einklang mit modernen Bewegungen im internationalen Konkurs- / Insolvenzrecht sind. Die einzige Gesetzesänderung, über die man nachdenken sollte, ist die Aufhebung der Vollmacht des Konkurschuldners zur Eröffnung des Partikularkonkursverfahrens in Situationen, in welchen er die Eröffnung des Hauptkonkursverfahrens beantragen kann.

Schlüsselwörter: *Sonderkonkursverfahren, Partikularkonkursverfahren, Vermutungen zur Eröffnung des Partikularkonkursverfahrens, das Recht des Gläubigers auf Teilnahme am Partikularkonkursverfahren, internationales Konkursrecht.*

Riassunto

IL PROCEDIMENTO FALLIMENTARE SPECIALE C.D. PARTICOLARE NEL DIRITTO PRIVATO

Nel presente lavoro si ricercano e si analizzano i presupposti in presenza dei quali si può aprire e portare avanti il procedimento fallimentare particolare in Croazia. Al contempo si fa una comparazione con le soluzioni previste nel diritto tedesco e nel regolamento europeo sulle procedure d'insolvenza. L'opportunità delle soluzioni giuridiche adottate viene valutata tendendo in considerazione in che modo rispettivamente i legislatori croato, tedesco ed europeo hanno regolato: la competenza internazionale per l'apertura del procedimento fallimentare particolare; l'ampiezza del patrimonio che rientra nel procedimento particolare; le ragioni fallimentari per l'apertura del procedimento fallimentare particolare; la legittimazione alla presentazione della proposta di apertura del procedimento fallimentare particolare; gli eventuali ulteriori presupposti per l'apertura del procedimento fallimentare particolare; il diritto alla partecipazione ovvero il diritto al soddisfacimento del credito nel procedimento fallimentare particolare e la cooperazione degli organi del procedimento fallimentare particolare domestico con gli organi del procedimento fallimentare straniero avverso il medesimo debitore. Da ultimo si sommano gli esiti dell'indagine condotta e si giunge alla conclusione che le disposizioni del diritto fallimentare croato, che riguardano il procedimento fallimentare particolare, sono conformi alle attuali tendenze che si registrano nel diritto fallimentare internazionale/diritto dell'insolvenza. L'unica modifica legislativa sulla quale bisognerebbe riflettere è l'abolizione dei poteri del debitore fallimentare, quando può chiedere l'apertura del procedimento fallimentare principale.

Parole chiave: *procedimento fallimentare speciale, procedimento fallimentare particolare, presupposti per l'apertura del procedimento fallimentare particolare, diritto dei creditori a prendere parte al procedimento fallimentare particolare, diritto fallimentare internazionale.*

PRAVILA UPRAVNOG POSTUPKA U EUROPSKOM PRAVU

Dr. sc. Dario Đerđa, izvanredni profesor,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 342.92::061.1(4)
Ur.: 8. studeni 2011.
Pr.: 17. studeni 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Cilj je ovoga rada utvrditi izvore koji uređuju upravni postupak u pravu Europske unije. Autor u radu nastoji identificirati samo izvore općeg upravnog postupka ne ulazeći u posebna upravna područja. Također nastoji utvrditi temeljne zahtjeve sukladno kojima trebaju postupati institucije i tijela Unije, ali i država članica kada primjenjujući materijalne norme europskoga prava u upravnim stvarima odlučuju o pravima, obvezama i pravnim interesima pojedinaca. Konačno, utvrđuje nužan sadržaj ovih zahtjeva kako ga je formiralo zakonodavstvo Unije, ali i sudska praksa.

Ključne riječi: upravni postupak, pravila, normiranje, kodifikacija, Europska unija.

1. UVOD

Upravni postupak, kao skup postupovnih pravila o redu i obliku radnji koje pri donošenju upravnih akata mora provesti javna uprava, čini jedno od temeljnih jamstava zaštite prava i pravnih interesa građana. Utvrditi način postupanja upravnih tijela prilikom primjene materijalnih propisa u konkretnoj upravnoj stvari te utvrditi ovlasti kojima se ona pri tomu mogu služiti vrlo je bitno u svakoj zajednici u kojoj se ti postupci vode, bila ona državna, regionalna, lokalna ili čak nadnacionalna. Radi zakonitog i u učinkovitoga vođenja upravnog postupka u svijetu se već više desetljeća postavlja ne samo zahtjev propisivanja ovih pravila, već se ističe i zahtjev za njihovim cjelovitim objedinjavanjem u jednom ili nekoliko normativnih akata.¹

¹ Još je prije nešto manje od stoljeća u nekim europskim državama usvojeno razmišljanje kako nije dostatno da se javna uprava u suvremenim demokracijama veže samo materijalnim propisima, već da bi trebalo biti detaljno utvrđena i pravila upravnog postupanja. Jer, ako se javnoj upravi i pored toga što je njezina djelatnost određena materijalnim propisima ostavi neograničena sloboda u utvrđivanju stanja stvari i činjenica, samovolja u izboru i primjeni najrazličitijih mjera koje prethode donošenju odluke o upravnoj stvari nerijetko bi mogla dovesti do povrede prava i pravnih interesa građana. U ostvarivanju ovoga zahtjeva prednjačila je Austrija koja je već 1925. godine donijela četiri zakona kojima je uredila upravni postupak. Ubrzo zatim, 1928. godine zakone kojima su uredile upravni postupak

No, unatoč ovim zahtjevima isticanim u pravnoj literaturi te praćenim argumentacijom nužnosti njihove provedbe, sve do 90-ih godina 20. stoljeća samo je dio europskih država imao normirano postupanje uprave prilikom vođenja upravnih postupaka, posebno kodificirano u tu svrhu donesenim zakonima.² Široj kodifikaciji upravnog postupka u europskim državama pristupilo se tek u posljednjem desetljeću 20-og stoljeća kada prema preporukama Europske unije države članice, ali i države kandidati za članstvo u Uniji, posebno iz srednje i istočne Europe pristupaju izradi jedinstvenoga zakonika koji uređuje postupak donošenja upravnih akata, ali nerijetko i druge odredbe važne za poduzimanje radnji uprave. U isto vrijeme u državama čiji su pravni sustavi već imali zakonom uređen upravni postupak pristupalo se i izmjenama i osuvremenjivanju istoga kako bi se postupanje uprave maksimalno usmjerilo koristima građana te kako bi se utvrdili moderni mehanizmi zaštite prava i pravnih interesa stranaka u upravnim postupcima.³

Međutim, isto se ne može ustvrditi i za nadnacionalni pravni poredak, koji svojim pravnim rješenjima prožima pravne sustave 27 europskih država – pravni sustav Europske unije. Iako je nastajao i razvijao se ponajprije na institutima koji su imali dugotrajnu primjenu u samim državama članicama, niti danas se u Europskoj uniji ne susreću kodificirana pravila postupka koji se vodi prilikom ostvarivanja prava i pravnih interesa, ali i nametanja obveza građanima, trgovačkim društvima i drugima poduzetnicima te ostalim subjektima civilnoga društva. Razloga za ovo ima više.⁴

donijele su Češkoslovačka i Poljska, a 1930. godine, kao četvrta država u svijetu to je učinila Kraljevina Jugoslavija. Vidi Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 399. i Medvedović, Dragan, *Pravci modernizacije upravnog postupka*, *Informator*, br. 5500., 2006., str. 1.

- 2 Do 1990. godine od današnjih država članica Europske unije upravni postupak imale su uređen, primjerice Austrija od 1925. godine, Poljska, Češka i Slovačka od 1928. godine, Mađarska od 1957., Španjolska od 1958., Bugarska od 1970., Njemačka od 1977., Danska od 1985., itd.
- 3 Tako su upravni postupak nakon 1990. godine po prvi puta uredile ili su postojeće zakone izmijenile: Portugal 1991. godine, Španjolska 1992. godine, Nizozemska 1994., Slovenija, Litva i Cipar 1999., Latvija 2001., Finska 2003., Češka 2004., Bugarska 2006., itd. U drugim državama brojna pravila upravnog postupka i dalje se nalaze u različitim dijelovima zakonodavstva, ponajprije ustavu i zakonima, ali i posebnim dijelovima delegiranog zakonodavstva, kao i u sudskoj praksi koja se odnosi na postupanje javne uprave. Ovo je posebno slučaj u Francuskoj, Belgiji, Irskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu.
- 4 U Europskoj uniji sve do nedavno pravilima upravnog postupka nije pridavana posebna pozornost. O ovome svjedoči i tek pokoji napisani rad koji se bavi upravnim postupcima u pravu Europske unije u inače vrlo bogatoj znanstvenoj i stručnoj literaturi usmjerenoj na analizu pravnog sustava ove nadnacionalne tvorevine, kao npr. Cassese, Sabino, *European Administrative Proceedings*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004., str. 21-36., Chiti, Mario, *Forms of European Administrative Action*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004., str. 37-60., Chiti, Eduardo, *Administrative Proceedings Involving European Agencies*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004., str. 197-218., della Cannea, Giacinto, *The European Union's Mixed Administrative Proceedings*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004., str. 197-218. i sl.

Kako se, odmah po nastanku Europske zajednice obavljanje upravnih poslova zasnivalo na načelu posredne primjene politika Zajednice, tj. obavljanju poslova putem upravnih aparata država članica, pravna regulacija upravnog postupka u europskom pravu tada se opravdano činila nepotrebnom. *Ugovor o osnivanju Europske ekonomske zajednice*⁵ povjerio je izvršavanje europskoga prava upravi institucija Zajednice samo u rijetkim područjima, primjerice u sektoru tržišnog natjecanja. U ostalim je područjima pravo Zajednice postavljalo samo načelne mehanizme za provođenje upravnih radnji, a nacionalne uprave poduzimale su ove radnje sukladno svojem nacionalnim zakonodavstvu koje je propisivalo vlastite organizacijske i postupovne modele za poduzimanje radnji pri obavljanju provedbenih ovlasti. Na zanemarivanje normiranja upravnih postupaka u pravu Zajednice ubrzo po njezinom osnivanju svakako je utjecala i činjenica da prvih šest država članica pravnu regulaciju upravnih postupaka nije smatralo nužnom. One su pozornost posvećivale ponajprije pojedinačnoj odluci kojom je neko tijelo javne vlasti odlučilo o pravu ili obvezi neke osobe.⁶ U ovim je državama dominiralo shvaćanje kako postupak donošenja odluka, tj. upravnih akata, u području prava Zajednice, treba biti vođen u prvom redu načelima „*dobrog ustroja i djelovanja*“, čime su pravni propisi koji uređuju upravno postupanje stavljeni tek u drugi plan. Postupovnim propustima, u ovim državama, pozornost se posvećivala tek nakon pobijanja odluka pravnim lijekovima.⁷ Međutim, nereguliranje ovoga područja, tada na razini Zajednice, imalo je i negativne posljedice – posredno upravljanje ponajprije je dovelo do značajnih razlika u poduzimanju istovjetnih radnji, ovisno o zakonodavstvu svake države članice.⁸ Slijedom toga, na velike probleme koji nastaju iz nedostatnoga reguliranja upravnih postupaka najprije u Zajednici, a kasnije i Uniji, u svojim odlukama ukazivao je i Europski sud.⁹

Međutim, otada do danas nadležnosti Europske unije značajno su proširene. Nadležnosti najprije Zajednice, a potom i Unije, prema načelu „*ograničenih*“ ili „*dodijeljenih ovlasti*“ vrlo usko određene *Osnivačkim ugovorima* u praksi su često širene pozivanjem na tzv. „*nepisane*“ ili „*posredne nadležnosti*“ Zajednice i „*otvorenu*“ ili „*opću ovlast*“ tada sadržanu u članku 308. *Ugovora o Europskoj zajednici*.¹⁰ Broj područja u nadležnosti Unije od 80-ih godina 20. stoljeća naglo

5 *Treaty Establishing the European Economic Community*, Encyclopaedia of Community Law, Series V, 2/1980.

6 Zanimljivo je naglasiti kako po stupanju na snagu prva tri *Osnivačka ugovora* niti jedna država članica nije imala kodificiran upravni postupak.

7 Više vidi u Franchini, Claudio, *European Principles Governing National Administrative Proceedings, Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004., str. 183.

8 O ovome vidi u Chiti, M., op. cit., str. 47.

9 Vidi npr. Predmet C-97/91, *Oleificio Borelli v. Commission*, ECR I-6313., 1992.

10 Hartley, Trevor C., *Temelji prava Europske zajednice*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004., str. 106. Načelo nepisanih, tj. posrednih, ovlasti daje tijelima Unije mogućnost postupanja u stvarima koje joj nisu izričito stavljene u nadležnost, a kada potreba za njima logično proizlazi iz izričito prenesenih ovlasti. Teoriju proširenja nadležnosti putem posrednih ovlasti u užem smislu Europski sud prihvatio je još 1956. godine u odluci Predmeta 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique v High Authority*, 1956., ECR 292.,

je porastao.¹¹ Institucije Zajednice 80-ih godina 20. stoljeća počele su razvijati svoju vlastitu upravnu funkciju u pravilu djelujući zajedno s nacionalnim upravama država članica, ali ponekad i izravnim poduzimanjem upravnih radnji. Europska zajednica, a potom i Unija preuzela je brojne funkcije koje su ranije obavljala

a u širem smislu 1987. godine u odluci Spojeni predmeti 281, 283-285 & 287/85, *Germany v. Commission*, 1987., ECR 2303. O spornosti primjene ovoga načela vidi u Craig, Paul, *EU Administrative Law*, European University Institute, Oxford, 2006., str. 406. S druge strane, članak 308. *Ugovora o Europskoj zajednici*, a danas članak 352. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije, Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union*, Official Journal, 2010., C 83., propisuje da ukoliko se tijekom funkcioniranja zajedničkog tržišta ukaže potreba za djelovanjem Unije radi postizanja jednog od njezinih ciljeva, a da za to *Ugovorom* nisu utvrđene potrebne ovlasti, Vijeće, na prijedlog Komisije te nakon konzultacija s Europskim parlamentom, jednoglasnom odlukom može poduzeti odgovarajuće mjere. Ukoliko je mjere u pitanju Vijeće usvojilo prema posebnoj zakonodavnoj proceduri, ono također treba odluku donijeti jednoglasno na prijedlog Komisije i nakon konzultacija s Europskim parlamentom. S obzirom na to da se veliki broj ugovornih odredbi odnosi upravo na funkcioniranje zajedničkog tržišta, kao što su odredbe o radnoj snazi, kapitalu, dobrima te usklađivanju propisa, na ovoj se osnovi prisvajanja nadležnosti Zajednica često mogla pozvati. Tako je, unatoč njegovom supsidijarnom učinku naspram ostalih osnova nadležnosti, upravo ovom osnovom do sada donesen niz mjera u području politike zaštite okoliša te socijalne, monetarne i regionalne politike. Međutim, neprimjerenost preuzimanja nadležnosti na ovaj način odavno je već uočena te je proširenje kataloga nadležnosti Zajednice ovom odredbom, nakon stupanja na snagu *Jedinstvenog europskog akta, Single European Act*, Official Journal, 1987., L 169., i *Ugovora iz Maastrichta, Treaty on European Union*, Official Journal, 1992., C 191., prilično ograničeno. O problemima vezanim uz ovaj način širenja nadležnosti Unije više vidi u Đerđa, Dario, *Određivanje nadležnosti Europske zajednice, Hrvatska pravna revija*, god. 8., br. 7-8., 2008., str. 2-3.

- 11 U početku postojanja Europskih zajednica samo su neke djelatnosti, kao tržišno natjecanje i upravljanje potporama, ulazile u djelokrug Zajednice. Vidi članke 85. do 94., 123. do 128. te 130A. do 130E. *Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici*. Provedba mjera u području poljoprivrede, primjerice, tada je još bila isključiva zadaća nacionalnih vlasti koje su samo djelovale pod nadzorom Zajednice. Vidi članke 38. do 47. *Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici*. Područja isključive nadležnosti Europske unije te područja podijeljene nadležnosti Unije i država članica konačno je definirao *Ugovor iz Lisabona*. Člankom 3. stavak 1. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije* propisuje se da su područja isključive nadležnosti Europske unije: carinska unija, donošenje pravila tržišnog nadmetanja nužnih za funkcioniranje zajedničkog tržišta, monetarna politika država članica koje kao monetu imaju euro, očuvanje bioloških resursa mora u okviru zajedničke politike ribarstva te zajednička trgovinska politika. Stavak 2. ovoga članka ujedno propisuje da će Unija biti isključivo nadležna i za sklapanje međunarodnih ugovora kada se oni sklapaju temeljem zakonskog akta Unije, kada je Uniji potrebno omogućiti obavljanje poslova iz svoje unutarnje nadležnosti te ukoliko gledišta Unije mogu utjecati na zajednička pravila ili izmijeniti njihov doseg. Člankom 6. istog *Ugovora* propisano je da će Unija biti nadležna u poduzimanju radnji pružanja potpore, koordiniranja ili nadopunjavanja mjera država članica u područjima zaštita i poboljšavanja ljudskog zdravlja; industrije; kulture; turizma; obrazovanja, mladeži, sporta i stručnog osposobljavanja; civilne zaštite; te suradnje u području uprave. Članak 4. određuje da Unija će dijeliti nadležnost s državama članicama u područjima: zajedničkog tržišta; socijalne politike, u značenju u kojem je određuje *Ugovor o funkcioniranju Europske unije*; gospodarske, socijalne i prostorne povezanosti; poljoprivrede i ribarstva, izuzev očuvanja bioloških resursa mora; okoliša; zaštite potrošača, prometa; transeuropskih mreža; energetike; prostora slobode, sigurnosti i pravde; te zajedničke brige o sigurnosti u stvarima javnog zdravlja, u značenju određenom *Ugovorom o funkcioniranju Europske unije*.

tijela nacionalnih vlasti, a koje bi sada putem izravnog upravljanja trebale obavljati njezine institucije i tijela. Štoviše, i u području podijeljenog upravljanja vrlo značajne poslove obavljaju institucije i tijela Unije te se bez njihovoga neposrednog angažmana utvrđeni zadatci uopće ne mogu provesti. Upravo je tako utvrđen model zajedničkog obavljanja ovlasti Unije i država članica, a što je dovelo do nužnosti reguliranja ovoga postupanja u nadnacionalnom pravnom sustavu Unije.¹² Od devedesetih godina 20. stoljeća ubrzan razvoj u Uniji doživljavaju i javne službe, posebno u pogledu financiranja te broju subjekata koji ih obavljaju i na nacionalnoj i na europskoj razini.¹³ Konačno, u posljednje vrijeme u Uniji se uočava jasan trend prema jačanju postupovnih prava pojedinaca u upravnim postupcima, u svezi s čime na značaju posebno dobiva načelo dobre uprave.¹⁴ Ovo načelo zahtijeva vezanost uprave zakonom i u materijalnom i u formalnom pogledu, istodobno jamčeći pojedincima određena postupovna prava u rješavanju upravnih stvari koje imaju pravni učinak na njihova prava, obveze ili pravne interese.¹⁵

Ovi razlozi dovode do potrebe da se pravnom uređenju upravnih postupaka u pravu Unije posveti sve više pozornosti. Sve navedeno veliko značenje ima i za Hrvatsku, osobito u kontekstu zaključenja pristupnih pregovora Hrvatske i Europske unije u lipnju 2011. godine te očekivanom ulasku u punopravno članstvo u Uniji

12 Vidi Franchini, op. cit., str. 193.

13 Člankom 174. stavak 1. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije* te člankom 36. *Povelje o temeljnim pravima Europske unije, Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Official Journal, 2000., C 364. utvrđeno je kako će Unija nastojati ojačati gospodarsku, društvenu i prostornu koheziju te razvijati solidaran pristup službama od općega gospodarskog interesa. Širenju upravnog aparata Unije posljednjih 20-ak godina svjedoči i osnivanje novih izvršnih i neovisnih agencija, npr. Agencija Zajednice za nadzor ribolova, Centar za prijevođe tijela Europske unije, Europska agencija za lijekove, Europska agencija za mrežnu i informacijsku sigurnost, Europska agencija za nadzor kemijskih proizvoda, Europska agencija za obnovu, Europska agencija za okoliš, Europska agencija za sigurnost pomorskog prometa, Europska agencija za sigurnost prehrambenih proizvoda, Europska agencija za sigurnost zračnog prometa, Europska agencija za temeljna prava, Europska agencija za upravljanje i operativnu suradnju na državnim granicama, Europska agencija za zdravlje i zaštitu na radu, Europska nadzorna agencija za GNSS, Europska zaklada za usavršavanje, Europska željeznička agencija, Europski centar za prevenciju i nadzor bolesti, Europski nadzorni centar za narkotike i opojne tvari, Europski nadzorni centar za rasizam i ksenofobiju, Ured Zajednice za raznolikost bilja, Ured za harmonizaciju unutrašnjeg tržišta, Izvršna agencija za obrazovanje, audiovizualne medije i kulturu, Izvršna agencija za program javnog zdravstva i Izvršna agencija za gospodarenje energijom i sl.

14 Vidi Schwartze, Jürgen, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 1992., str. 1175-1186., te Harlow, Carol, *European Administrative Law and the Global Challenge*, European University Institute: RSCAS Working Paper 23/98., str. 6.

15 Načelo dobre uprave koje je već dugo prisutno u pravnim sustavima nekih država članica, na nadnacionalnoj razini od 70-ih godina 20. stoljeća nadalje u više je navrata normiralo Vijeće Europe. Tako se prema *Preporuci CM/Rec(2007)7 Vijeća ministara državama članicama o dobroj upravi, Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration*, <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=11-55877&Site=CM>, dobra uprava mora osigurati kvalitetnim zakonodavstvom, koje mora biti odgovarajuće i postojano, jasno, jednostavno razumljivo i prihvatljivo. Ovo načelo svoje mjesto našlo je i u pravnim aktima Europske unije, gdje u posljednje vrijeme dobiva sve više na značaju.

u srpnju 2013. godine. Tada će upravni postupci u pravu Unije posebno dobiti na značaju i u Hrvatskoj, čija će tijela uprave u brojnim slučajevima biti obveznici vođenja ovih postupaka, ali i za pojedince o čijim će pravima, obvezama i pravnim interesima ova tijela odlučivati temeljem pravila upravnog prava Unije. Stoga je cilj ovoga rada utvrditi izvore koji uređuju upravni postupak u pravu Europske unije. Autor u radu nastoji identificirati samo izvore općeg upravnog postupka ne ulazeći u posebna upravna područja. Također nastoji utvrditi koji su temeljni zahtjevi sukladno kojima trebaju postupati institucije i tijela Unije, ali i država članica kada primjenjujući materijalne norme europskoga prava u upravnim stvarima odlučuju o pravima, obvezama i pravnim interesima pojedinaca te na načelnoj razini odrediti njihov nužan sadržaj.

2. PRAVNO NORMIRANJE UPRAVNIH POSTUPAKA U PRAVU UNIJE

Sve veći broj postupaka koji se vode u područjima isključive nadležnosti Unije, a posebno određeni oblici upravne suradnje u postupcima koji se vode u područjima podijeljene nadležnosti Unije i država članica, nužno uvjetuju precizno postavljanje odnosa između tijela koja sudjeluju u postupku. Nemoguće je učinkovito provesti postupak u kojem sudjeluju dva ili više tijela Unije ili tijela Unije i država članica, a bez preciznog pravnog normiranja ovlasti koje ova tijela imaju u svezi s vođenjem upravnog postupka, propisivanja oblika njihove usklađenosti i suradnje te rokova u kojima su ona dužna poduzeti neku radnju.

Vezano uz upravne postupke u pravu Unije pravna znanost je klasificirala tri velike skupine ovih postupaka.¹⁶ Ovdje se ponajprije razlikuju upravni postupci koji se vode na nadnacionalnoj razini, tj. razini Unije, i čije je vođenje isključivo u nadležnosti institucija i tijela Unije. Drugu skupinu čine upravni postupci koji se vode dijelom na nadnacionalnoj, a dijelom na nacionalnoj razini, što znači da u njihovom vođenju u pojedinim etapama postupka sudjeluju institucije i tijela Unije, a u drugim nacionalna tijela država članica. Treću skupinu čine postupci koji se vode na nacionalnoj razini država članica, ali u donošenju odluke značajnu ulogu može odigrati i nadležno tijelo neke druge države članice, a ne samo one koja formalno vodi ovaj postupak. No, problem koji se javlja vezano uz ove postupke jest čest nedostatak detaljne pravne regulacije. Drugim riječima, samo su rijetka područja postupanja u Europskoj uniji, kao primjerice područje javnih nabava, detaljno definirani tako da je sloboda postupanja državama članicama naizgled potpuno ograničena.¹⁷

16 Najjasniju klasifikaciju upravnih postupaka u Europskoj uniji dao je Cassese u Cassese, op. cit., str. 26-30. O ovome više vidi i u Đerđa, Dario, Upravni postupci u europskom pravu, *Hrvatska pravna revija*, god. 9., br. 4., 2009.

17 Vidi primjerice *Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts*, public

Unatoč brojnim propisima upravnog prava kojima se ponajprije uređuju materijalna pitanja u posebnim upravnim područjima kao što su slobodno tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu, telekomunikacije, okoliš, poljoprivreda, industrijska politika, znanost i istraživanje, granična kontrola itd., detaljnijih postupovnih odredbi kojima bi bio uređen cjelokupan upravni postupak ipak nema, već je uređen samo u pojedinim specifičnim postupovnim pitanjima. Tako primjerice *Uredba Vijeća (EEZ-a) br. 2309/93 od 22. srpnja 1993. kojom se utvrđuju postupci Zajednice za odobravanje i nadzor lijekova za ljudsku i veterinarsku uporabu i kojom se osniva Europska agencija za ocjenu medicinskih proizvoda* propisuje pretpostavke za izdavanje odobrenja za prodaju lijekova za ljude i životinje na tržištu Unije te uređuje neka pitanja postupaka izdavanja ovih odobrenja. Ona, primjerice propisuje legitimaciju za podnošenje zahtjeva za izdavanje odobrenja, sadržaj zahtjeva i nadležnost za izdavanje odobrenja, zatim utvrđuje obvezno ishodovanje mišljenja u postupku od Odbora za vlasništvo nad medicinskim proizvodima te rok u kojem je Odbor dužan izdati ovo mišljenje, njegove postupovne ovlasti, pravo na žalbu te tijelo nadležno postupati po žalbi.¹⁸ Slično, *Uredba Vijeća (EEZ-a) br. 2081/92 o zaštiti zemljopisnih oznaka i oznaka porijekla za poljoprivredne proizvode i živežne namirnice* također detaljno utvrđuje značenje pojmova te pretpostavke za registriranje oznake podrijetla proizvoda, ali samo djelomično pravila postupka u kojem se ovo pravo ostvaruje. Tako ova *Uredba* propisuje, primjerice legitimaciju za podnošenje zahtjeva, sadržaj zahtjeva te nadležnost tijela za zaprimanje zahtjeva. Također propisuje obvezu tijela ispitati postojanje propisanih pretpostavki za vođenje postupka te potpunost zahtjeva, koja tijela drugih država članica imaju pravo sudjelovati u postupku, njihove ovlasti te način objave predložene odluke u službenom glasilu. Ona nadalje propisuje i postupovne radnje koje su države članice sa suprotstavljenim mišljenjima dužne poduzeti radi sklapanja sporazuma o predmetu postupka, a u slučaju neuspjeha u svezi s ovim sporazumom ovlašćuje Komisiju na donošenje odluke.¹⁹ Dobar primjer sličnog opsega normiranja uočava

supply contracts and public service contracts, Official Journal, 2004., L 134. te *Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors*, Official Journal, 2004., L 134. Ne samo da su neki postupci detaljno propisani smjernicama, već i sva otvorena pitanja koja se otvaraju vezano uz njihovu primjenu dobila su još detaljnija tumačenja u presudama Europskog suda. Vidi Chiti, M., op. cit., str. 48.

- 18 Članci 1., 4. do 13. te 27. do 36. *Uredbe Vijeća (EEZ-a) br. 2309/93 od 22. srpnja 1993. kojom se utvrđuju postupci Zajednice za odobravanje i nadzor lijekova za ljudsku i veterinarsku uporabu i kojom se osniva Europska agencija za ocjenu medicinskih proizvoda*, Council Regulation (EEC) No 2309/93 of 22 July 1993 laying down Community procedures for the authorization and supervision of medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Agency for the Evaluation of Medicinal Products, Official Journal, 1993., L 214.
- 19 Članci 5 do 7. te 15. *Uredbe Vijeća (EEZ-a) br. 2081/92 o zaštiti zemljopisnih oznaka i oznaka porijekla za poljoprivredne proizvode i živežne namirnice*, Council Regulation (EEC) No 2081/92 of 14 July 1992 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs, Official Journal, 1992., L 208. i Council

se i u *Uredbi (EZ) br. 1334/2000 koja utvrđuje režim Zajednice za kontrolu izvoza predmeta i tehnologije s dvostrukom namjenom*. Ova Uredba propisuje pravni režim Unije u području nadzora nad izvozom opreme i tehnologije s dvostrukom namjenom, tj. opreme i tehnologije koja se može koristiti i u civilne i u vojne svrhe. Pored iscrpnih materijalnih pretpostavki koje treba uzeti u obzir prema nacionalnom i međunarodnom pravu, propisuje oblik i sadržaj obrasca zahtjeva, tijelo nadležno postupati po zahtjevu, tijela koja imaju pravo sudjelovati u ovome postupku te ovlasti i obveze nadležnog tijela prilikom donošenja odluke.²⁰

Kao što je iz ovih primjera razvidno propisiva prava Europske unije propisuje se ponajprije nadležnost za vođenje upravnog postupka te odnos različitih institucija i tijela Unije, odnosno država članica u ovim postupcima čime one detaljno postavljaju odnose vertikalne koordinacije između tijela Unije i država članica te jačaju horizontalnu koordinaciju između tijela različitih država članica. Međutim, njima se ne propisuje i način poduzimanja postupovnih radnji niti se strankama utvrđuju određena postupovna prava, izuzev prava na korištenje pravnoga sredstva u nekima od ovih postupaka. Tako primjerice u ovim propisima nije utvrđeno može li stranka samostalno poduzimati postupovne radnje i tko sve može zastupati stranku, kako postupiti u slučaju sukoba interesa službenika koji vodi postupak i odlučuje u upravnoj stvari, može li stranka proširiti ili izmijeniti svoj zahtjev, treba li se provesti usmena rasprava, na koje načine tijelo i stranka mogu komunicirati, kako se obavlja dostava, ima li stranka pravo uvida u spis i pod kojim uvjetima, na kojem se jeziku postupak vodi, koja su prava stranaka tijekom vođenja upravnog postupka i sl.

Ispuštanje ovakvih odredbi iz posebnih upravnih područja nije niti neopravdano niti neuobičajeno. Kada bi sva ova pitanja bila propisana posebnim propisima oni bi nerijetko bili dugački i nerazumljivi, a što se protivi temeljnom nomotehničkom zahtjevu. Ovo i jeste razlog zašto je ova pitanja najbolje urediti u okviru općeg upravnog postupka, a koji će se zatim primjenjivati u svim upravnim područjima, kada u njima nisu propisana specifična pravila postupanja. Sve ovo dovodi do zaključka kako je u pravu Unije nužno opće uređenje pravila upravnog postupka, a koje će se primjenjivati u svim upravnim stvarima osim kada je u posebnom upravnom području propisano drukčije postupanje. Međutim, kodificiranog teksta u kojem bi ova pravila sustavno bila propisana u Uniji ipak nema. Stoga opća pravila vođenja upravnog postupka u Uniji nije niti jednostavno utvrditi. Kako bi se utvrdilo koje postupovne radnje institucije i tijela Unije i država članica moraju poduzimati prilikom vođenja postupka, treba identificirati osnovne postupovne zahtjeve i

Regulation (EC) 535/97 of 17 March 1997 amending Regulation (EEC) No 2081/92 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs, Official Journal, 1997., L 83.

20 Članci 5. i 7. do 9. *Uredbe (EZ) br. 1334/2000 koja utvrđuje režim Zajednice za kontrolu izvoza predmeta i tehnologije s dvostrukom namjenom*, Council Regulation (EC) No 1334/2000 of 22 June 2000 setting up a Community regime for the control of exports of dual-use items and technology, Official Journal, 2000., L 159.

njihov sadržaj utvrditi iz različitih izvora primarnog i sekundarnog zakonodavstva, pravnih izvora koje su donijele druge međunarodne organizacije, a koji obvezuju Europsku uniju te općih načela prava Unije koja nerijetko utvrđuje Europski sud svojim presudama. Upravo ovi zahtjevi nastojat će se na vrlo načelnoj razini utvrditi i razmotriti u nastavku ovoga rada.

3. PRAVNI IZVORI OPĆEG UPRAVNOG POSTUPKA U PRAVU UNIJE

Kao što je već naglašeno, pravna pravila koja se odnose na postupanje uprave u Europskoj uniji nisu kodificirana u jednome aktu. Ona se nalaze u brojnim pravnim izvorima različitog oblika i hijerarhijskog položaja, a što značajno otežava njihovo utvrđivanje, a slijedom toga i sustavno i jednoobrazno vođenje upravnog postupka u cijeloj Uniji. Pravna pravila koja uređuju upravni postupak mogu se izvesti iz odredbi *Osnivačkih ugovora* te iz drugih izvora primarnog prava Unije, zatim iz brojnih uredbi i preporuka koje čine sekundarno pravo, a neka važna pravila formulirana su u obliku općih načela prava Europske unije. Stoga prilikom pokušaja određivanja pravila upravnog postupka u Uniji u obzir treba uzeti sve ove izvore te u njima potražiti relevantne odredbe.

3.1. Primarno pravo

Odredbe koje se primjenjuju na vođenje upravnog postupka u *Osnivačkim ugovorima* nisu usustavljene na jednome mjestu, već se nalaze u raznim člancima koji su svoje mjesto našli u različitim dijelovima ovih *Ugovora*. Izričito pozivanje na njihovu primjenu u upravnom postupku gotovo da se i ne susreće, pa potrebu njihove primjene upravna tijela moraju utvrditi prema pravilima tumačenja. Tako se primjerice obveza poštivanja zakonitosti u vođenju upravnog postupka i odlučivanja u upravnim stvarima nigdje eksplicitno ne propisuje, ali proizlazi iz sadržaja članka 263. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije* koji ovlašćuje Europski sud ispitati zakonitost akata Vijeća, Komisije i Europske središnje banke, osim preporuka i mišljenja, akata Europskog parlamenta i Europskog vijeća te tijela, ureda ili agencija Unije koji bi mogli proizvesti pravne učinke prema trećim osobama. U primarnom pravu Unije treba uočiti i obvezu jednakog tretiranja pojedinaca u vođenju upravnih postupaka u pravu Unije, a koja proizlazi iz članka 8. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*. On kao jedan od ciljeva Unije u cjelini postavlja uklanjanje nejednakosti općenito te promicanje ravnopravnosti između muškaraca i žena, ali i članaka 18. i 19. istoga *Ugovora*, koji jednakom tretmanu stranaka pridonose izričitom zabranom diskriminacije i na osnovi državljanstva, i na osnovi spola, rasnog ili etničkog podrijetla, vjere ili drugog uvjerenja, sposobnosti, dobi ili spolnog opredjeljenja. Posebnu važnost za vođenje upravnih postupka svakako imaju i članci 304. i 307. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije* koji uređuju

donošenje zajedničke odluke o upravnoj stvari, tj. donošenje odluke kada u postupku sudjeluje više tijela različitim ovlastima. Tako primjerice ovi članci uređuju međusobne odnose Europskog parlamenta, Vijeća i Komisije kada u vođenju postupka odluku zasnivaju na mišljenju Gospodarskog i Socijalnog odbora, odnosno Odbora regija. Oni posebno utvrđuju kada su ovi odbori dužni dostaviti mišljenje, kada su na to ovlašteni i u kojem ga roku moraju dati. Također propisuju i pravne posljedice propuštanja davanja ovoga mišljenja. Vezano uz normiranje upravnog postupka *Ugovorom o funkcioniranju Europske unije* treba naglasiti i članak 337. koji utvrđuje obvezu dostave potrebnih podataka tijelima Unije, propisujući kako Komisija može prikupljati podatke te ih provjeravati radi ostvarivanja zadataka koje su joj povjerene, a što je važna zadaća tijela koje vodi postupak prilikom utvrđivanja činjeničnog stanja. Vrlo bitno načelo za odlučivanje u upravnim stvarima, posebno za odlučivanje na temelju slobodne ocjene, svakako je i načelo razmjernosti, a koje je svoje mjesto našlo u članku 5. stavak 4. *Ugovora o Europskoj uniji*. Sukladno njemu sadržaj i oblik svake mjere koju poduzima Unija ne smije prelaziti nužno za postizanje cilja *Ugovora*. Konačno, na vođenje upravnog postupka i donošenje odluke o upravnoj stvari poseban utjecaj ima i obveza obrazlaganja odluke propisana člankom 296. stavak 2. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*. Prema navedenoj obvezi se u pravnim aktima, pa tako i u upravnim odlukama uvijek trebaju navesti razlozi na kojima se ovi akti temelje te se u njima treba uputiti na prijedloge, inicijative, preporuke, zahtjeve i mišljenja koja propisuju *Ugovori*.

Vezano uz normiranje upravnog postupka primarnim pravom Unije treba spomenuti i prava, slobode i načela sadržana u *Povelji o temeljnim pravima Europske unije* od 7. prosinca 2000. godine, a koja temeljem članka 6. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije* ima istu pravnu vrijednost kao i sami *Ugovori*.²¹ Ova *Povelja* utvrđuje „pravo na dobru upravu“ koje ima poseban značaj na vođenje upravnog postupka te koje na načelnoj razini uključuje pravo svake osobe da institucije, tijela, uredi i agencije Unije njegovu stvar riješe nepristrano, pravično i u razumnom roku. Pravo na dobru upravu ujedno podrazumijeva i pravo svake osobe da bude saslušana prije negoli se donese bilo koja pojedinačna odluka koja na nju može štetno utjecati, pravo osobe na uvid u spis, uz ograničenje podataka koji su zaštićeni kao tajni te obvezu uprave da obrazloži svoju odluku. Prava propisana *Poveljom*, a koja se mogu dovesti u određenu vezu s upravnim postupkom, svakako, su i pravo na pristup ispravama i pravo na učinkovito pravno sredstvo i pravični spor utvrđena člancima 42. i 47. Člankom 6. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije* utvrđeno je i kako je Unija dužna poštivati temeljna ljudska prava zajamčena *Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* potpisanom u Rimu 4. studenog 1950. godine,²² a koja će zajedno s onima koje proizlaze iz ustavnih

21 U *Ugovor iz Lisabona* nije uključen tekst *Povelje o temeljnim pravima Europske unije* kao što je to bilo učinjeno u Glavi II. *Ugovora o ustavu za Europu*. Međutim, na *Povelju* se poziva članak 6. stavak 1. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije* te joj pridaje istu pravnu važnost koju imaju i sami *Ugovori*.

22 *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 8/99. i 14/02.

tradicija zajedničkih državama članicama činiti opća pravna načela Unije. Tako su primjerice za vođenje upravnog postupka iz *Europske konvencije* iznimno važna načela pravičnog postupka i saslušanja stranaka propisana člankom 6. stavak 1.

Iako nisu akti same Unije, u kontekstu uređenja upravnih postupaka nužno je spomenuti nekoliko akata Vijeća Europe koji na nadnacionalnoj razini uređuju određene segmente upravnog postupka. S obzirom na to da su sve države članice Unije ujedno i članice Vijeća Europe ovi se propisi također primjenjuju na njezinom prostoru pa time i obvezuju i države članice i same institucije i tijela Unije. Još 1977. godine *Rezolucijom (77) 31 o zaštiti pojedinaca od akata javnih vlasti* definirani su konkretni zahtjevi koji se moraju provesti prilikom vođenja upravnih postupaka. Ovom *Rezolucijom* utvrđeno je kako se u upravnom postupku stranci mora omogućiti da se izjasni kada god se tom odlukom mogu povrijediti njezina prava i pravni interesi; zatim kako joj se na njezin zahtjev moraju dati sve informacije relevantne za vođenje postupka u kojem je stranka i donošenje odluke; kako u postupku ima pravo na zastupanje i drugu pomoć; te kako odluka kojom prava i pravni interesi stranke mogu biti povrijeđeni mora biti obrazložena i sadržavati uputu o pravnom sredstvu.²³ Iako je najveći dio ovih zahtjeva već utvrđen u pravnim izvorima Unije, vrlo važnim čini se izričito proklamiranje prava na izjašnjavanje stranke, kao i pravo stranke biti upućena na mogućnost korištenja pravnih sredstava. Razlog tomu je što upravo ova prava imaju presudan značaj za zaštitu prava i pravnih interesa stranaka. Vijeće Europe 2007. godine detaljnije je konkretiziralo ovdje navedene zahtjeve te je u *Preporuci CM/Rec(2007)7 Vijeća ministara državama članicama o dobroj upravi* detaljnije razradilo što se sve smatra dobrom upravom te kojim se načelima ostvaruje ovo pravo. Sukladno ovoj *Preporuci* kako bi se postigla dobra uprava prilikom odlučivanja o pravima, obvezama i pravnim interesima pojedinaca moraju biti poštivana sljedeća načela: načelo zakonitosti, načelo jednakosti, načelo nepristranosti, načelo razmjernosti, načelo pravne sigurnosti, načelo poduzimanja radnje u razumnom roku, načelo sudjelovanja stranke u postupku, načelo zaštite privatnosti i načelo transparentnosti.²⁴ Ovi akti Vijeća Europe predstavljaju važan

23 Točke I. do V. *Resolution (77) 31 on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities (Adopted by the Committee of Ministers on 28. September 1997, at the 275th meeting of the Ministers' Deputies)*, <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet>.

24 Ova *Preporuka* ujedno postavlja i načela vezana uz donošenje pojedinačnih i općih odluka uprave te propisuje kako se protiv svake upravne odluke treba osigurati sudska zaštita, a po mogućnosti i žalba kao redoviti pravni lijek. Konačno, ona postavlja i obvezu naknade štete koju upravno tijelo počini pojedincu. Iako nisu izravno bitne za sama pravila vođenja upravnog postupka u neizravnoj vezi s postupkom svakako su i *Preporuka Rec(2004)6 Vijeća ministara državama članicama za unaprjeđenje sustava domaćih pravnih sredstava, Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on improvement of domestic remedies*, <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=743317>, *Preporuka Rec(2004)20 Vijeća ministara državama članicama za sudskom nadzoru upravnim akata, Recommendation Rec(2004)20 of the Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts*, <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=80-2925&Site=COE>, i *Preporuka Rec(2001)9 Vijeća ministara državama članicama o alternativnim načinima rješavanja sporova između javne vlasti i privatnih osoba, Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties*, <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=220409&Site=COE>.

korak u uvođenju dobre uprave kao operativnoga pravnog koncepta.

Kako su odredbe sadržane u primarnom pravu Unije vrlo općenite naravi one su najčešće samo posredni izvor prava, pa nerijetko zahtijevaju detaljniju razradu odredbama sekundarnog prava. One se javljaju i kao neposredni izvor prava samo u rijetkim slučajevima kada institucije i tijela svoje akte ili radnje zasnivaju neposredno na odredbama *Ugovora*. Međutim, njihovim propisivanjem u *Osnivačkim ugovorima* ili s njima po pravnoj snazi izjednačenim propisima ova su pravila neizmerno bitna za vođenje upravnog postupka i pred institucijama i tijelima Unije i pred tijelima država članica. Stoga tijelo koje vodi upravni postupak uvijek mora imati na umu obvezu poštivanja zahtjeva postavljenih u primarnom pravu Unije, pa čak i kada se oni izričito ne propisuju uredbom kojom je uređeno posebno područje u kojem se vodi postupak.

3.2. Sekundarno pravo

Pravna pravila koja uređuju upravni postupak vrlo su nesustavna i u sekundarnom pravu Unije. Pravila koja se primjenjuju u posebnim upravnim područjima propisana su uredbama i direktivama koje uređuju ta ista područja samo u nekim postupovnim pitanjima. No, sustavno normiranje cjelokupnog postupka ipak se ne susreće u najvećem broju propisa. Konkretno, u sekundarnom pravu unije postoji samo nekoliko uredbi s općom primjenom, tj. koje se primjenjuju na vođenje upravnog postupka u svim upravnim područjima, ali i tada samo na određena pitanja upravnog postupka. No, u opisanoj situaciji već i samo postojanje ovih propisa može se ocijeniti pohvalnim. Tako je za vođenje upravnog postupka bitna *Uredba br. 1 o određivanju jezika koji se upotrebljavaju u Europskoj ekonomskoj zajednici*, koja uređujući upotrebu jezika u pravu Unije propisuje kako pojedinačna odluka koja ima učinak na nacionalna tijela država članica ili privatne osobe mora biti napisana na jeziku države članice kojoj pripada tijelo ili osoba koja je adresat akta.²⁵ Slično ovome propisu, opću primjenu u upravnim postupcima također ima *Uredba Vijeća (EEZ, EURATOM) br. 1182/71 od 3. lipnja 1971. o utvrđivanju pravila koja se primjenjuju za razdoblja, dane i vremenska ograničenja*.²⁶ Ova *Uredba* osigurava uniformno računanje rokova u pravu Unije, a što je važno i za računanje rokova tijekom samoga postupka i za stupanje nekog akta na snagu. Isto se može ustvrditi i za *Uredbu (EZ) br. 1049/2001 Europskoga parlamenta i Vijeća glede javnog pristupa ispravama Europskog parlamenta, Vijeća i Komisije* koja propisuje pravo i mogućnost pristupa ispravama tijela izvršne i upravne vlasti Unije, a što može biti vrlo važno za ostvarivanje prava stranaka u upravnim postupku.²⁷ Ova *Uredba*

25 *Regulation No 1 determining the languages to be used by the European Economic Community*, Official Journal, 1958., 17.

26 *Regulation (EEC, Euratom) No 1182/71 of the Council of 3 June 1971 determining the rules applicable to periods, dates and time limits*, Official Journal, 1971., L 124.

27 *Regulation (EC) No 1049/2001 on of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*,

inzistira na transparentnosti vođenja postupka što strankama omogućuje kvalitetnije sudjelovanje u postupku te jamči učinkovitije i odgovornije postupanje institucija i tijela Unije prema pojedincima.

Iako se najveći broj uredbi u pravu Unije primjenjuje samo na jedno ili više posebnih upravnih područja neke od njih, barem u nekim svojim dijelovima praksom institucija i tijela Unije, ali i država članica počele su se primjenjivati i šire u upravnom pravu Unije. Primjerice neke se odredbe *Uredbe Vijeća (EEZ) br. 2988/74 od 26. studenog 1974. o rokovima zastare postupka i provođenja sankcija prema pravilima Europske ekonomske zajednice koja se odnose na prijevoz i tržišno natjecanje* primjenjuju i na pitanja prekida računanja rokova i mogućnosti produžavanja roka.²⁸ Uvjeti za opoziv upravnog akta kojim je stranka stekla neko pravo u pravu Unije u području tržišnog natjecanja propisani su člankom 8. stavak 3. *Uredbe br. 17.: Prva Uredba kojom se primjenjuju članci 85. i 86. Ugovora*, no analogno se primjenjuju i u drugim upravnim područjima.²⁹ Odredbe *Uredbe Komisije br. 99/63/EEZ od 25. srpnja 1963. o saslušanju propisanom člankom 19(1) i (2) Uredbe Vijeća br. 17.*, a koja uređuje saslušanje osoba protiv kojih se vodi istražni postupak zbog povreda tržišnog natjecanja i saslušanje trećih osoba u ovim postupcima, također su se općenito počele primjenjivati na saslušanja stranka i trećih osoba u drugim upravnim područjima i sl.³⁰ Time su praksom institucija i tijela Unije pravila koja su donesena u posebnim upravnim područjima, unatoč njihovoj nedostatnosti, poopćavanjem i jednoobraznom i učestalom primjenom proširena i na druga upravna područja. Stoga se može ustvrditi kako ona postupno postaju pravila općeg upravno postupovnog prava u Uniji, a koja bi institucije i tijela Unije, kao i tijela država članica trebala primjenjivati prilikom vođenja upravnih postupaka u pravu Unije.³¹

3.3. Opća pravna načela Unije

U nedostatku pravnih propisa načela kao izvor prava Unije vrlo su važna jer ona u pravilu ograničavaju autonomiju institucija i drugih tijela Unije, ali i tijela država članica u postupanju. U pravnoj teoriji ističe se kako su opća načela prava jedan od najvažnijih izvora prava Europske unije. Kako niti u jednom pravnom sustavu, pa tako niti u pravnom sustavu Unije nije moguće zakonodavstvom i drugim pisanim izvorima prava urediti svako postupovno pitanje, Europski je sud

Official Journal, 2001., L 145.

28 *Regulation (EEC) No 2988/74 of the Council of 26 November 1974 concerning limitation periods in proceedings and the enforcement of sanctions under the rules of the European Economic Community relating to transport and competition*, Official Journal, 1974., L 319.

29 *Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty*, February 6, Official Journal, 1962., 13.

30 *Regulation No 99/63/EEC of the Commission of 25 July 1963 on the hearings provided for in Article 19 (1) and (2) of Council Regulation No 17.*, Official Journal, 1963., 127.

31 O ovome Franchini, op. cit., str. 187.

ovlašten svojom praksom stvoriti pravno pravilo kojim će riješiti predmet, a koje izvodi iz postojećeg prava Unije, ali i pravnih sustava država članica.³² U području prava Unije, Europski sud definirao je i razradio brojna načela upravnoga prava. Posebno u slučajevima kada je sekundarno pravo Unije gotovo isključivo sektorsko, presude Europskog suda nerijetko se pozivaju na uobičajenu praksu u drugim područjima, a što onda dovodi do upravnih načela opće naravi koja su nastala kao rezultat učestalog pozivanja u presudama donesenim u konkretnim slučajevima. Upravo zato se i može ustvrditi kako je sudska praksa Europskog suda najvažniji izvor općeg, tj. nesektorskog upravnog prava Unije.³³ Ponavljanjem svojih stajališta koje povezuje s normama primarnoga prava Unije, Europski sud kvalificira ova stajališta kao obvezujuća pravila, čime se nadopunjuje pravni sustav u dijelovima dotadašnjih pravnih praznina.³⁴ Stoga je djelatnost Europskog suda posebno važna upravo u području upravnih postupaka u kojem je pravno uređenje nepotpuno. Slijedom toga, institucije i tijela Unije trebaju slijediti pravila sadržana u presudama Europskog suda, a koja kao opća načela prava Unije čine sastavni dio njezinoga pravnog sustava.³⁵

Jedno od važnih načela na koje se Europski sud u presudama učestalo poziva je primjerice načelo predvidljivosti u radu uprave. Sukladno ovome načelu pojedinci u svakom slučaju trebaju moći predvidjeti pravne posljedice svojih radnji, a što uvelike doprinosi odgovornosti uprave baš kao i pravnoj izvjesnosti u sustavu.³⁶ U više presuda Europski sud se pozivao i na načelo zakonitih očekivanja dajući mu tako važnost u odlučivanju o upravnim stvarima.³⁷ Sud je svojom praksom tijelima koja vode upravne postupke postavio i obvezu da prije donošenja odluke pažljivo i objektivno razmotre sve relevantne činjenice i pravna pitanja u postupku.³⁸ Utvrdio je i kako „*razumni rok*“ za poduzimanje postupovne radnje nije jedinstven

32 Međutim, Europski sud tada mora posebno pripaziti da ne prekorači svoje ovlasti i nezakonito uđe u sferu zakonodavca. O ovome Hartley, Trevor C., *The Foundations of European Union law: an introduction to the constitutional and administrative law of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2010., str. 141.

33 Europski sud oslanja se na već utvrđena opća načela upravnog prava koja su stvorena i precizirana putem nacionalnih upravnih sudova država članica Unije. Preuzimajući sadržaj nacionalnih sudskih praksi, Sud definira i precizira opća načela upravnoga prava obvezna za sve države članice i njihove građane u primjeni prava Unije.

34 Nepotpun sustav postupovnih pravila u Uniji te pravne praznine koje se u takvom sustavu javljaju u svezi sa zaštitom prava građana u upravnom postupku, zahtijeva nužnu sudsku intervenciju u svezi s ograničavanjem postupovnih ovlasti upravi. O ovome vidi Nehl, Hanns P., *Principles of administrative procedure in EC law*, Hart, Oxford, 1999., str. 5. Upravo zato Europski sud od samog početka postojanja Zajednica svojim pravnim rješenjima postavlja načela postupanja institucija i tijela Zajednice.

35 Vidi Franchini, op. cit., str. 188-189.

36 Vidi Predmet T-37/97, *Forges de Clabecq v. Commission*, 1997., ECR II-859.

37 Vidi primjerice Predmet 78/77, *Luhrs v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 1978., ECR 169., ECR 169. te Predmet T-94/00, *Rica Foods (Free Zone) NV v. Commission*, 2002., ECR I-09011.

38 Vidi Predmet 17/74, *Transocean Marine Paint Association v. Commission*, 1974., ECR 1063., Predmet C-269/90, *Technische Universität München v. Hauptzollamt München-Mitte*, 1991., ECR I-5469. te Predmet T-205/99, *Hyper Srl v. Commission*, 2002., ECR 3141.

te se treba odrediti prema okolnostima svakoga pojedinog slučaja.³⁹ Svojim je odlukama utvrdio i pravo stranke, ali i svake zainteresirane osobe izvršiti uvid u spis predmeta te pristupiti svim ispravama u spisu.⁴⁰ Svojom je praksom nadalje potvrdio te detaljnije razradio pravo na izjašnjavanje stranke u postupku o svim činjeničnim i pravnim pitanjima prije donošenja odluke o njenom pravu, obvezi ili pravnom interesu.⁴¹ Zatim je doprinio jačanju načela zakonitosti inzistiranjem na isticanju pravne osnove poduzimanja svake pravne radnje Unije, koja uvijek treba biti razvidna iz izričitoga pozivanja na propis o nadležnosti ili drugu osnovu poduzimanja te radnje.⁴² Europski sud svojom praksom inzistira i na obrazloženosti svake odluke kako bi stranci u maksimalnoj mjeri otvorio mogućnost zaštite njezinih prava i pravnih interesa.⁴³ Svojim presudama utvrdio je i razradio i niz drugih važnih načela koja se trebaju primjenjivati u upravnom postupku kao što su načelo zakonitosti u radu uprave, načelo razmjernosti, načelo pravne sigurnosti, načelo zabrane diskriminacije, načelo prava na pravno sredstvo, ali i načela koja posredno imaju utjecaj na upravne postupke i ostvarivanje i zaštitu prava i pravnih interesa pojedinaca kao što su načelo pravičnih uvjeta pristupa upravnom sudu ili izvanugovorne odgovornosti za štetu koju je pojedincu nanijela uprava nezakonitim radom.⁴⁴ Konačno, u presudama Europskog suda susreću se i neka vrlo specifična načela koja se primjenjuju u upravnom postupku te mogu značajno utjecati na prava i pravne interese pojedinaca, kao što je načelo preventivnog djelovanja uprave.⁴⁵

No, unatoč brojnim prednostima u određivanju obveze poduzimanja nekih radnji u upravnom postupku, a koje su rezultat načela utvrđenih sudskom praksom Europskog suda, zbog teškog poopćavanja preciznog sadržaja i granica svakoga načela, ona nerijetko dovode i do dvojbene situacije, a koje zatim mora ponovo razriješiti Europski sud. Posebni problemi vezani uz načela koja uređuju upravni postupak javljaju se i kada se dva sukobljena načela primjenjuju na isto činjenično stanje, što dovodi do ozbiljnih problema za tijelo koje vodi upravni postupak.⁴⁶

39 Vidi Predmet C-136/92, *Commission v. Brazzelli Lualdi*, 1994., ECR I-1981. te Predmet C-238/99, *Limburgese Vinyl Maatschappij NV*, 2002., ECR 8375.

40 Vidi Predmet 51/92, *Hercules Chemicals v. Commission*, 1999., ECR I-4235.

41 Vidi u Predmet 17/74, *Transocean Marine Paint Association v. Commission*, 1974., ECR 1063. te Predmet 85/76, *Hoffman-La Roche v. Commission*, 1979., ECR 462.

42 Vidi Predmet 45/86, *Commission v. Council*, 1987., ECR 1493.

43 Vidi Predmet T-16/91, *Rendo v. Commission*, 1996., ECR II-1827.

44 Vidi Schwartze, op. cit.

45 Vidi Predmet C-180/96, *United Kingdom v. Commission*, 1998., ECR I-2265. Sukladno ovom načelu institucije i tijela Unije mogu poduzeti odgovarajuće mjere radi izbjegavanja svih rizika vezanih uz zdravlje, javnu sigurnost i zaštitu okoliša.

46 Vidi Von Bogdandy, Armin, *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch*, *European Law Journal*, vol. 16., no. 2., 2010., str. 100-101. Zbog širine i posebne zahtjevnosti ovoga pitanja ono se neće razmatrati u ovome radu.

4. POKUŠAJI USUSTAVLJIVANJA I KODIFIKACIJE PRAVILA OPĆEG UPRAVNOG POSTUPKA U UNIJI

Ovakvo pravno uređenje upravnih postupaka koji se vode prema pravu Unije daleko je od zadovoljavajućega. Kako stvaranje upravno-postupovnog sustava bez jedinstvenog obrasca pati od više nedostataka ukazuje i pravna teorija u kojoj se ističe kako je pristup Unije reguliranju upravnih postupaka nedovoljno dobar, ponajprije jer je iznimno teško koordinirati tako velik broj različitih izvora prava jedne s drugima. Štoviše, čak i ako se izvori uspiju koordinirati ostaje veliki broj pravnih praznina koje često idu na štetu upravo zaštiti prava pojedinaca. Konačno, ovi izvori nisu usklađeni s novim izazovima s kojima se suočava moderna uprava i standardima njezinoga djelovanja.⁴⁷

Stoga se u pravnoj teoriji u više navrata nastojalo utvrditi koje zahtjeve trebaju poštivati institucije i tijela Unije u vođenju upravnih postupaka. Polazišna točka ovih analiza u nedostatku i neusustavljenosti pisanih izvora prava redovito su bila opća pravna načela, kao bitan izvor prava Unije. Tako se u teoriji naglašava kako se upravni postupci trebaju voditi sukladno općim načelima prava koja se primjenjuju na vođenje svih postupaka u pravu Unije. U ova načela najčešće se svrstavaju načelo zakonitosti, nepristranosti, supsidijarnosti, razmjernosti, obrazloženosti odluke, pravne sigurnosti, zakonitih očekivanja i poštivanja temeljnih prava. Međutim, pored ovih općenito važnih načela na vođenje upravnog postupka treba primijeniti i posebna načela koja su primjenjiva samo u području javne uprave, a kojima se nadopunjuju ranije navedena opća postupovna načela. Među njima se često spominju načelo dobre uprave, načelo učinkovitosti, načelo ekonomičnosti, načelo prava na izjašnjavanje stranke, načelo prava na uvid u spis itd.⁴⁸ Unatoč klasificiranju načela na opća i posebna, tijekom vođenja upravnog postupka ovo je razlikovanje samo teorijski zanimljivo, jer se ova načela u praksi najčešće isprepliću. Tako u konkretnim slučajevima primjerice redovito interferiraju zakonitost, pravna sigurnost i zaštita zakonitih očekivanja ili primjerice jednakost, nepristranost i pravičnost. Sistematizacije načela u pravnoj teoriji dobar su temelj za daljnju razradu te konačno njihovo normiranje u pravnim aktima Unije te ih je uvijek dobro uzeti u obzir.

Iako je formalna kodifikacija upravnog postupka u pravu Unije još uvijek neostvareni cilj, do danas je bilo nekoliko pokušaja standardiziranja nekih zahtjeva kojima treba udovoljiti tijekom vođenja ovih postupaka. Polazeći od teze da je upravno pravo „*niz načela i pravila koja se primjenjuju na ustroj i upravljanje javnom upravom te u odnosima između uprave i građana*“ te smatrajući da je unatoč nacionalnim razlikama ipak moguće stvoriti zajednički korpus ovih načela, SIGMA je pristupila definiranju standarda koje države kandidati trebaju zadovoljiti kako bi se njihova uprava metodama rada ujednačila s upravama država članica Unije.⁴⁹ Iako često neformalizirana u pisanom pravu, ova se načela ipak smatraju

47 O ovome više vidi u Nehl, op. cit., str. 3.

48 Vidi Franchini, op. cit., str. 190.

49 SIGMA – Support for Improvement in Governance and Management in Central and Eastern

etički i pravno obvezujućim. Rezultat ove aktivnosti SIGMA-e je donošenje *Dokumenta br. 27: Europska načela javne uprave* 1999. godine.⁵⁰ Njime je, između ostalog, utvrđen i skup postupovnih načela koja se usko vezuju u vođenje upravnog postupka u Uniji. Sukladno ovome *Dokumentu* za prava i pravne interese građana neizmjerljivo je važna pravna sigurnost. Ona se kao temeljni pravni zahtjev ostvaruje kroz načela pouzdanosti rada uprave i njezine predvidljivosti u postupanju, čime se proizvoljnost u donošenju odluka praktično nastoji potpuno ukloniti ili barem svesti na minimum. U tu svrhu poseban naglasak stavlja se na zakonitost, ograničenja u primjeni slobodne ocjene, razmjernost prilikom odlučivanja, postupovnu pravičnost te profesionalnost službenika. Posredan značaj na vođenje upravnog postupka imaju otvorenost i transparentnost rada uprave. Budući da se time poduzimanje upravnih radnji čini podložnijim eksternom nadzoru te se time *a priori* smanjuju neke nepravilnosti u njezinom radu. Također, SIGMA nadalje inzistira na odgovornosti svakoga tijela za svoje postupke drugim upravnim i izvršnim vlastima, baš kao i zakonodavnoj i sudbenoj vlasti. Utvrđuje kako su učinkovitost, tj. kvalitetan omjer uloženi sredstava i postignutih rezultata, baš kao i uspješnost u ostvarivanju ciljeva i rješavanju javnih problema koje definira zakon i vlada, temelj kvalitetnoga rada svake javne vlasti. Ove temeljne vrijednosti i načela definirana u *Dokumentu br. 27.* u to su vrijeme bila zajednička svim državama članicama Unije te dovode do ujednačavanja u radu njihovih nacionalnih javnih uprava, ali i uprava država kandidata. SIGMA se u ovoj aktivnosti namjerno zadržala na razini načelnih zahtjeva naglašavajući kako je nepotrebno, pa čak i kontraproduktivno pokušati postaviti detaljna pravila trenutno tako neodređene materije, jer ona mogu voditi u kontradiktornost i neujednačenost prakse. Stoga se SIGMA odlučila zadržati na tzv. „*bijelom konceptu*“, jer upravo takav pristup ove zahtjeve čini pogodnima za primjenu u različitim situacijama.⁵¹

Do sada zasigurno najozbiljnija inicijativa kodifikacije pravila upravnog postupka u pravu Unije pokrenuta je na inicijativu pučkoga pravobranitelja Unije, koji je nastojao razraditi pojam „*dobre uprave*“ te utvrditi kako se ovaj pojam treba tumačiti u primjeni. U tu svrhu izradio je *Europski kodeks dobrog upravnog postupanja*, koji iako u nekim dijelovima izlazi iz okvira upravnog postupka postavlja velik broj pravila koja institucije i tijela moraju primjenjivati u odnosima prema pojedincima.⁵² U *Kodeksu* su se pokušala sažeti pravila koja su već utvrđena u različitim izvorima primarnog i sekundarnog prava Unije, ali i pravila utvrđena praksom Europskog suda koja su nerijetko uporište imala u rješenjima iz nacionalnih pravnih sustava nekih država članica. Ovaj *Kodeks* tako utvrđuje

European Countries – udružena je inicijativa OECD-a i Europske unije. Ova inicijativa potiče i podupire reformu javne uprave u državama u tranziciji. U najvećoj mjeri financira se sredstvima Phare programa Europske unije.

50 SIGMA, *Paper no. 27: European principles for public administration*, CCNM/SIGMA/PUMA(99)44/REV1.

51 Ibid., str. 9.

52 European Ombudsman, *The European Code of Good Administrative Behavior*, European Communities, Luxemburg, 2005.

obvezu zakonitog postupanja institucija i tijela koja primjenjuju pravo Unije, zabranu diskriminacije po bilo kojoj osnovi i obvezu jednakog tretmana svih osoba koje se nalaze u istoj situaciji te obveznu primjenu razmjernosti prilikom donošenja odluka u odnosu na svrhu koja se treba postići tom odlukom. *Kodeks* postavlja i niz obveza koje službenik prilikom vođenja postupka mora poštivati, ponajprije utvrđuje nužnost neovisnosti službenika kako bi mogao donijeti zakonitu odluku, naglašava potrebu njegovog objektivnog postupanja tijekom cijeloga postupka, pravičnog odnosa službenika prema strankama te njegove nepristranosti u donošenju odluke. *Kodeks* od službenika ujedno zahtijeva da bude uljudan u ophođenju prema strankama te da im savjetima pruža pomoć u postupovnim pitanjima o kojima one nemaju dovoljno znanja. Sukladno ovome *Kodeksu* institucije i tijela koje vode upravni postupak moraju poštivati zakonita očekivanja stranaka te se zabranjuje zloupotreba službenih ovlasti radi vlastitih probitaka službenika. *Kodeks* utvrđuje i vrlo važno postupovno pravo stranke da bude saslušana i daje izjave u postupku, kako bi bila dobro informirana o vođenju postupka otvara joj mogućnost uvida u spis, a tijelu nalaže obvezu zaštititi zakonom zaštićene podatke. Nadalje, propisuje dužnost komunikacije institucija i tijela Unije sa strankama na bilo kojem jeziku Unije, postupanje nenadležnih tijela s podnescima te obvezu informiranja stranke o službeniku koji njezin predmet rješava uz naznaku kontakt podataka. Propisuje kako svaka odluka treba biti donesena u razumnom roku, kako treba biti obrazložena, sadržavati uputu o pravnom lijeku te da u pisanom obliku bez odlaganja treba biti dostavljena svim osobama na koje se odnosi. Iako je ovaj *Kodeks* usvojen rezolucijom Europskog parlamenta 6. rujna 2001. godine, ipak još uvijek ima samo, tzv. *soft law* primjenu, a što usporava nastojanja kodificiranja pravila upravnoga postupka u pravu Unije.

5. NUŽNI ZAHTJEVI ZA VOĐENJE UPRAVNOG POSTUPKA U PRAVU UNIJE

Iz naprijed izloženog jasno proizlazi kako pravo Unije ima razrađena pravila vođenja upravnog postupka. Međutim, kako ne postoji kodificirani propis koji bi ova pravila objedinio na jednome mjestu, obveznici vođenja ovoga postupka nerijetko se nalaze u nezavidnoj situaciji te prilikom poduzimanja postupovnih radnji moraju uzeti u obzir različite izvore prava. U nastavku rada naglasak će se staviti na zahtjeve koji se moraju provesti prilikom vođenja upravnog postupka, a koji su u pravnim izvorima posebno naglašeni, najčešće učestalošću njihova propisivanja ili detaljnim sadržajem koji im je pridružen propisima. Govorit će se o zakonitosti, jednakosti u postupanju, nepristranosti i pravičnosti, pravu uvida u spis, pravu na izjašnjavaње stranke, obrazloženosti odluke, razmjernosti pri donošenju odluke i rješavanju upravne stvari u razumnom roku. Naravno, prilikom vođenja upravnog postupka treba poštivati i druge zahtjeve, a koji se samo kratko navode na kraju ovoga rada.⁵³

53 Pojam „*zahtjevi*“ koristi se kako bi se terminološki razlikovalo obveze poduzimanja ovih radnji i načela kao izvora prava Unije, iako se s gledišta pravne teorije uvjetno može osporavati.

5.1. Zakonitost

Načelo zakonitosti temeljno je načelo na kojem počiva cjelokupan pravni sustav svake države, pa stoga neizostavnu ulogu ima i u vođenju upravnoga postupka u Europskoj uniji. Obveza strogog pridržavanja zakona u postupanju uprave proizlazi iz niza izvora, od *Osnivačkih ugovora*, pa sve do sudske prakse i akata koji imaju *soft law* primjenu. Tako se izričito pozivanje na zakonitost u radu institucija i tijela Unije i država članica susreće u *Preporuci CM/REC (2007)7 o dobroj upravi* u članku 4. U navedenom članku stoji kako javna vlast uvijek treba postupati sukladno zakonu, kako mora postupati sukladno pravilima koja propisuju njezine ovlasti i postupke te postupati sukladno nacionalnom pravu, međunarodnom pravu, ali i općim načelima prava koja uređuju njezinu strukturu, nadležnost i postupanje. Ovom se *Preporukom* nadalje naglašava kako javna vlast svoje ovlasti treba izvršavati samo u svrhu koja joj je povjerena zakonom te nakon što je utvrdila sve činjenice. Time ju prijeći u donošenju samovoljnih odluka, naravno, čak i kada odlučuje temeljem slobodne ocjene.

Obveza zakonitog postupanja institucija i tijela Unije prilikom odlučivanja o pravima, obvezama i pravnim interesima pojedinaca izvodi se nadalje iz članka 230. stavak 1. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*. Sukladno njemu Europski sud je zadužen, između ostaloga, nadzirati zakonitost pojedinačnih odluka Vijeća, Komisije i drugih institucija i tijela Unije, baš kao i drugih njezinih ureda i agencija, koje imaju pravni učinak na pojedince. Time je u pravu Unije utvrđen institut upravnog spora kao temeljni vid nadzora zakonitosti pojedinačnih akata javnih vlasti. Na obveznosti sudskog nadzora, pa tako i zakonitosti vođenja upravnog postupka, inzistiraju i drugi akti Unije, primjerice *Povelja o temeljnim pravima Europske unije*, koja člankom 47. stavak 1. propisuje da svatko čija su prava i slobode zajamčena pravom Unije povrijeđena, ima pravo na učinkovitu zaštitu pred sudom.

Obvezi zakonitoga postupanja veliku važnost svojim presudama dao je i Europski sud utvrđujući ne samo da sve institucije i tijela Unije moraju postupati prema posebnim zakonima, već i da sve svoje radnje moraju temeljiti na *Ugovorima* i drugim propisima Unije donesenim na temelju *Ugovora*.⁵⁴ Nužnost zakonitoga postupanja tijela koje vodi upravni postupak proizlazi i iz *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja* koji također utvrđuje kako službenik treba postupati sukladno zakonu i primjenjivati pravila i postupke utvrđene zakonodavstvom Unije. Ovaj *Kodeks* posebno naglašava kako službenik treba paziti da odluke koje imaju učinak na prava i interese pojedinaca budu utemeljene na zakonu te da im sadržaj bude sukladan zakonu.⁵⁵ Konačno, zakonitost u vođenju upravnih postupaka, ali i radu uprave uopće temeljni je zahtjev pouzdanosti i predvidljivosti uprave koji su kao posebna vrijednost proklamirani u SIGMA-inom *Dokumentu 27*.

54 Vidi npr. Spojeni predmeti C-48/87 i C-227/88, *Hoechst AG v. Commission*, 1989., ECR 2859. te Predmet C-294/83, *Les Verts v. Parliament*, 1986., ECR 1339.

55 Članak 4. *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja*.

Iz navedenih izvora jasno proizlazi kako institucije i tijela Unije i država članica prilikom vođenja upravnih postupaka u pravu Unije trebaju zakonito izvršavati svoje zadaće. Drugim riječima one su ovlaštene donositi odluke o pravima, obvezama i pravnim interesima pojedinaca samo kada su za to ovlaštene zakonom. Zadaća je ovih tijela uvijek utvrditi jesu li ispunjene pretpostavke za ostvarivanje prava ili nametanje obveze propisane u pravnoj normi te na zaključak o činjeničnom stanju primijeniti materijalni propis. Jer, samo su dobro postavljena pravila za donošenje materijalne odluke pretpostavka njezine zakonitosti. Zakonitost dolazi do izražaja i prilikom odlučivanja slobodnom ocjenom kada je tijelo koje vodi postupak vezano i ovlastima sadržanim u alternativnoj pravnoj normi i ciljem koji mora postići donošenjem takve odluke, a koji je propisan samim zakonom. Time pridržavanje zakona isključuje svaki oblik samovolje u odlučivanju i sprječava nejednako postupanje prema strankama. Upravo je zakonitost temeljna pretpostavka pravne sigurnosti, jer prijeći institucije i tijela Unije i država članica da prilikom vođenja upravnih postupaka u Uniji poduzimaju mjere s retroaktivnim učinkom osim u slučajevima propisanim zakonom te time diraju u stečena prava pojedinaca i konačne pravne akte, baš kao i zaštite zakonitih očekivanja stranaka kao jednog od važnih načela u Uniji.

5.2. *Jednakost u postupanju*

Jedno od načela na kojima počiva cjelokupni poredak Unije svakako je jednakost u postupanju prilikom vođenja postupka i donošenja odluka. Jednako postupanje temelji se na zabrani diskriminacije i povlašćivanja osoba – stranaka u postupku, kao nužnoj pretpostavci ostvarivanja ovoga zahtjeva. Zabrana diskriminacije ima izuzetan značaj u pravu Unije. Kao načelo utvrđena je člancima 18. i 19. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*, kojima se propisuje zabrana svake diskriminacije na temelju državljanstva te na temelju spola, rasnog ili etničkog podrijetla, vjere i uvjerenja, sposobnosti, dobi i spolnog opredjeljenja.⁵⁶ Obveza jednakog postupanja proizlazi i iz drugih važnih akata, pa se tako susreće i u *Preporuci CM/REC (2007)7 o dobroj upravi* koja člankom 3. propisuje kako javna vlast mora postupati sukladno načelu jednakosti te sve pojedince u istom pravnom položaju treba tretirati jednako. I *Preporuka* naglašava kako javna vlast ne smije diskriminirati pojedince na temelju spola, etničkog podrijetla, religije ili drugog vjerovanja, a svaka razlika u tretiranju uvijek treba biti objektivno opravdana.

Izričiti zahtjev za potrebom jednakog postupanja u upravnom postupku postavlja i *Europski kodeks dobrog upravnog postupanja*. Člankom 5. ovoga *Kodeksa* propisuje se kako u postupanju s upitima javnosti te pri donošenju odluka službenik treba jednako postupati prema osobama te da svi pojedinci koji se nalaze

⁵⁶ Zabrana diskriminacije susreće se i u drugim odredbama *Osnivačkih ugovora*, primjerice u članku 40. stavak 2. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije* koji zabranjuje diskriminaciju između proizvođača i potrošača u svezi s poljoprivredom te članku 157. istog *Ugovora* koji utvrđuje načelo prava na jednaku naknadu za jednak rad bez obzira na spol.

u istom položaju trebaju biti tretirani na jednak način. I ovdje se naglašava kako svaka razlika u odlučivanju o pravima, obvezama i pravnim interesima pojedinaca mora biti opravdana relevantnim objektivnim činjenicama utvrđenim u svakom konkretnom slučaju. *Europski kodeks dobrog upravnog postupanja* postavlja i vrlo iscrpan katalog osnova diskriminatornog ponašanja, a koje treba izbjeći u svrhu jednakog postupanja u vođenju pravnih postupaka. U ovome *Kodeksu* taksativno se navodi kako treba izbjegavati svaku diskriminaciju na osnovi nacionalnosti, spola, rase, boje kože, etničkog i socijalnog podrijetla, genetskih obilježja, jezika, religije, političkog ili drugog mišljenja, članstva u nacionalnoj manjini, imovinskog stanja, rođenja, sposobnosti, dobi i spolne orijentacije. Načelo jednakog postupanja prilikom donošenja odluka u više je navrata razrađeno i presudama Europskog suda.⁵⁷

Inzistiranje na jednakosti u vođenju upravnog postupka doprinosi zakonitom, nepristranom i pravičnom radu institucija i tijela Unije i država članica, posebno u slučajevima kada oni odlučuju slobodnom ocjenom. Ovaj zahtjev u velikoj mjeri sprječava tijela koja vode postupak da donose samovoljne odluke, odnosno odluke o pravima, obvezama i pravnim interesima pojedinaca bez zakonskog osnova.⁵⁸ Ovaj zahtjev u vođenju upravnih postupaka u Uniji iznimno je važan zbog brojnih različitosti koje se susreću u čak 27 država članica Unije, uz naznake njezinoga daljnjeg širenja.

5.3. *Nepristranost i pravičnost*

U vođenju upravnog postupka u pravu Unije neizmjerljivo su važni i zahtjevi nepristranog i pravičnog postupanja. Ovi su zahtjevi u postupovnom pravu već odavno prisutni u međunarodnim konvencijama i u pravnim sustavima država članica. Oni se susreću u različitim izvorima i u pravnom sustavu Unije. Tako su svoje mjesto našli u *Povelji o temeljnim pravima Europske unije* i *Preporuci CM/REC (2007)7 o dobroj upravi*, gdje se propisuje kako tijela koja vode postupak trebaju djelovati u skladu s načelom nepristranosti, trebaju postupati objektivno uzimajući u obzir samo relevantne čimbenike te kako službenici ne smiju poduzimati radnje u postupku ako su u sukobu interesa. U ovim aktima posebno se naglašava i obveza službenika da sve radnje u postupku poduzima nepristrano, bez obzira na svoja osobna uvjerenja i interese.⁵⁹

Obveza nepristranog i pravičnog postupanja prilikom vođenja upravnog postupka proizlazi i iz više članaka *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja*. Ovdje se primjerice posebno ističe kako službenici u vođenju postupka trebaju biti

57 Vidi primjerice i Predmet 1/72, *Frilli v. Belgium*, 1972., ECR 457., Predmet 152/73, *Sotigu v. Deutsche Bundespost*, 1974., ECR 153. te Predmet 21/74, *Airola v. Commission*, 1975., ECR 221.

58 Vidi Hartley, *Foundations*, op. cit., str. 167.

59 Članak 41. stavak 1. *Povelje o temeljnim pravima Europske unije* te članak 4. *Preporuke CM/REC (2007)7 o dobroj upravi*.

nepriistrani i neovisni te da se trebaju suzdržati od svake svojevoljne radnje koja može povrijediti prava i pravne interese stranaka, kao i od svakog povlaštenog postupanja prema nekoj osobi iz bilo koje osnove. Upravo stoga rad službenika nikad ne smije biti vođen osobnim, obiteljskim ili nacionalnim interesom, ali niti različitim oblicima prinude kojoj može biti izložen službenik. Nepriistranost službenika koji odlučuje u upravnim stvarima *Kodeks* nastoji osigurati vrlo načelnim razlogom za izuzeće službenika, propisujući kako službenik ne smije sudjelovati u postupku u kojem on ili član njegove uže obitelji imaju bilo kakav interes financijske naravi. Zahtjeve nepriistranosti i pravičnosti u vođenju upravnog postupka službenik će zadovoljiti samo ako svaku svoju ovlast koristi isključivo u svrhu u koju mu je ona relevantnim propisima i povjerena, ako prilikom rješavanja upravne stvari uzme u razmatranje sve relevantne čimbenike te svakome od njih dade odgovarajuću težinu pri donošenju odluke.⁶⁰

No, unatoč vrlo iscrpnom reguliranju ovih zahtjeva u vođenju upravnog postupka u pravu Unije, valja naglasiti vrlo širok i nerijetko neodređen sadržaj nepriistranosti i pravičnosti, koji uslijed toga šire opseg svoje primjene. Ovi se zahtjevi izravno nadovezuju na obvezu jednakog postupanja institucija i tijela Unije i država članica, te smjeraju isključiti svaki subjektivni pristup službenika nekoj stranci ili predmetu postupka, koji neminovno vode do povrede javnog interesa ili interesa trećih osoba. Stoga je potrebno isključiti sve čimbenike koji mogu sprječavati službenika u ostvarivanju osobnog interesa u predmetu ili prema stranci ali i svakog oblika prinude, mita, političke ambicije ili želje za napredovanjem u strukturi tijela u kojem je zaposlen. Jer svi ovi razlozi, motivirani nezakonitom koristi koju će steći, dovode do gubitka neovisnosti službenika, a slijedom toga i njegova nepravičnog postupanja u postupku.⁶¹ Nepriistranosti i pravičnosti u vođenju upravnog postupka u prilog idu i odredbe o zabrani zlouporabe ovlasti. Međutim, nepriistranost i pravičnost u vođenju upravnog postupka mogu se osiguravati ponajprije ispunjavanjem dvaju uvjeta: kvalitetnom zakonskom podlogom upravnih postupaka te visokim etičkim vrijednostima samih službenika koji vode ove postupke.

5.4. Pravo uvida u spis

Jedno od temeljnih prava nužnih za zaštitu prava i pravnih interesa stranaka, u svim državama članicama Unije, pravo je obaviještenosti o činjeničnim i pravnim pitanjima koja se otvaraju u postupku u kojem se odlučuje o pravima, obvezama i

60 Članci 7., 8., 9. i 11. *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja*.

61 Neovisnost službenika nerijetko se nastoji postići *merit* sustavom zapošljavanja i napredovanja. Službenički sustav u kojem državni službenici imaju posebnim pravilima uređena prava na napredovanje, jasno postavljena prava i obveze, u kojem im je osiguran pravičan i razmjerni stupanj dohotka te ako postoji dobro reguliran stegovni postupak i popis stegovnih djela, čini službenike manje podložne korupciji, prisili i povlađivanju te time doprinosi vrijednosti profesionalnog integriteta. Profesionalni integritet doprinosi pouzdanosti i predvidljivosti javne uprave. Vidi SIGMA, op. cit., str. 11.

pravnim interesima neke osobe. Ova obaviještenost u postupovnom pravu ostvaruje se pravom stranke da izvrši uvid u spis predmeta. Upravo ovo pravo nužan je preduvjet mogućnosti korištenja prava na izjašnjavanje stranke u upravnom postupku, jer stranka prije izjašnjavanja mora znati o kojim se činjeničnim i pravnim pitanjima uopće treba izjasniti i u kojem smjeru. Stoga je ovo pravo utvrđeno i u važnim izvorima prava Unije. U *Povelji o temeljnim pravima Europske unije* stoji kako svaki pojedinac ima pravo uvida u spis predmeta, uz ograničenja postavljena propisima o zaštiti podataka.⁶² Iako u nešto nejasnijem izričaju, ovo pravo proizlazi i iz *Rezolucije (77)31 o zaštiti pojedinaca od akata upravnih vlasti* Vijeća Europe, u kojoj je propisano kako se stranku na njezin zahtjev mora obavijestiti o svim činjenicama i okolnostima relevantnim za donošenje rješenja.⁶³ *Europski kodeks dobrog upravnog postupanja* izričito ne naglašava ovo pravo stranke, već utvrđujući postupanje institucija i tijela Unije u slučaju podnošenja zahtjeva za nekom informacijom ili pristupom određenoj ispravi postavlja samo načelne okvire za njegovu daljnju razradu u postupcima.⁶⁴

Pravo uvida u spis ima svaka stranka – aktivna, pasivna te zainteresirana treća osoba. No, unatoč širini opsega ovoga prava, ono ipak nije bez iznimaka. Tako se pravo uvida u spis u pravilu ograničava zbog zaštite podataka koji su na temelju zakona kvalificirani kao tajni, zaštite poslovnih i profesionalnih tajni te osobnih podataka privatnih osoba. S tim ciljem u *Preporuci CM/REC (2007)7 o dobroj upravi* utvrđena je obveza javne vlasti poštovati privatnost osoba, posebno u svezi s osobnim podacima. Štoviše, kada je neko tijelo javne vlasti ovlašteno raspolagati s osobnim podacima, posebno sadržanima u elektroničkim bazama podataka, ono mora poduzeti sve odgovarajuće mjere kako bi zajamčilo njihovu tajnost.⁶⁵ Pored općih iznimki, postoje i drugi, posebni slučajevi u kojima se tijelu koje vodi upravni postupak dopušta uskratiti stranci pravo uvida u neke dijelove spisa. Ovo je dopušteno kada bi se uvidom stranke u spis mogla ugroziti svrha postupka koji se vodi ili rad tijela na rješavanju stvari ili primjerice kada bi stranka korištenjem ovoga prava mogla prouzročiti štetu pravnim interesima druge stranke u postupku ili trećim osobama. No, svaki slučaj uskrate ovoga prava uvijek treba biti utemeljen na pravnoj normi. Nužno je naglasiti kako se primjenjujući ova ograničenja stranci može uskratiti samo pravo uvida u određene dijelove spisa, a ne i u cijeli spis, jer bi ju se time onemogućilo u zaštiti njezinih prava. Ovo pravo stranke posebnu važnost ima i za transparentan i otvoren rad uprave propisan SIGMA-inim *Dokumentom 27.*, jer se njegovim ostvarenjem prevenira mogućnost nezakonitih postupanja uprave.

62 Članak 41. stavak 2. *Povelje o temeljnim pravima Europske unije.*

63 Članak II. *Rezolucije (77)31 o zaštiti pojedinaca od akata upravnih vlasti.*

64 Članci 22. i 23. *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja.*

65 Članak 9. *Preporuke CM/REC (2007)7 o dobroj upravi.*

5.5. Pravo izjašnjavanja stranke

Pravo izjašnjavanja stranke u upravnom postupku široko je usvojeno u državama članicama Unije. Ono se susreće ne samo pod ovim nazivom već s istim sadržajem i kao „pravo na saslušanje“ ili „pravo na obranu“. Stoga ne iznenađuje prisutnost ovoga zahtjeva prilikom vođenja upravnog postupka i u brojnim pravnim izvorima Europske unije. Ono je zajamčeno člankom 41. stavak 2. *Povelje o temeljnim pravima Europske unije*, kao važan element prava na dobru upravu. Uočava se i u *Rezoluciji (77)31 o zaštiti pojedinaca od akta upravnih vlasti* koja propisuje kako osoba, prilikom donošenja upravnog akata koji na bilo koji način može povrijediti njezina prava, slobode ili interese, mora imati mogućnost izložiti činjenice i argumente te, ako je to potrebno, podnijeti dokaze koje je tijelo dužno razmotriti. Na važnost ovoga prava ukazuje i odredba sukladno kojoj je tijelo javne vlasti obvezno o ovome pravu pravodobno i na prikladan način obavijestiti stranku.⁶⁶ Pravo na izjašnjavanje stranke proizlazi i iz *Preporuke CM/REC (2007)7 o dobroj upravi*, gdje stoji kako osim u slučajevima kada se odluka treba hitno donijeti, tijelo koje vodi postupak treba uvijek otvoriti mogućnost stranci da na odgovarajući način sudjeluje u postupku donošenja, ali i provedbi upravne odluke, kada ona može povrijediti prava ili pravne interese stranke. Stranka ima pravo izjasniti se u razumnom roku, kako bi se mogla u potpunosti pripremiti za sudjelovanje u postupku, na način propisan nacionalnim pravom, a ako to smatra korisnim i uz pomoć izabranoga zastupnika.⁶⁷ Sva ova prava koja *Preporuka* vezuje uz pravo na izjašnjavanje stranke, doprinose maksimalnoj zaštiti njezinih prava i pravnih interesa. Na značaju ovoga prava inzistira i *Europski kodeks dobrog upravnog postupanja* propisujući kako u svakom slučaju u kojem prava i interesi neke osobe mogu biti povrijeđeni, službenik mora omogućiti stranci da se izjasni u svakom stupnju postupka, dakle i u prvostupanjskom postupku i u drugostupanjskom. Maksimalno izlazeći u susret stranci *Kodeks* je ovlašćuje da sama izabere oblik izjašnjavanja. Tako stranka može iznijeti svoja gledišta u pisanom obliku, a ako je to korisno može i usmeno izložiti svoja opažanja.⁶⁸ Ovo je pravo detaljno razrađeno i u sudskoj praksi Europskog suda.⁶⁹

Pravo na izjašnjavanje ovlašćuje stranku čija prava i pravni interesi očitog mogu biti povrijeđeni odlukom institucija i tijela Unije i država članica da se tijekom postupka očituje pred tim tijelom koje vodi postupak. Kako bi mogla koristiti ovo svoje pravo ova osoba unaprijed mora biti jasno obaviještena o bitnim obilježjima svake obveze koja joj se namjerava nametnuti. Navedeno pravo uključuje i pravo na pravno zastupanje stranke zbog kvalitetnijeg izražavanja njezinih stajališta.⁷⁰

66 Članak I. *Rezolucije (77) 31 o zaštiti pojedinaca od akata javnih vlasti*.

67 Članci 8. i 14. *Preporuke CM/REC (2007)7 o dobroj upravi*.

68 Članak 16. *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja*.

69 Vidi Predmet 17/74, *Transocean Marine Paint Association v Commission*, 1974., ECR 1063. te Predmet 75/77, *Mollet v. Commission*, 1978., ECR 897.

70 Vidi Hartley, *Foundations*, op. cit., str. 169. Da stranka u postupku ima pravo na stručnu pomoć i zastupanje u upravnom postupku propisuje i članak III. *Rezolucije (77) 31 o zaštiti pojedinaca od akata javnih vlasti*.

Međutim, unatoč tomu što pravo na izjašnjavanje stranke u upravnom postupku doprinosi utvrđivanju materijalne istine, ono ne ide u prilog i učinkovitosti vođenja postupka. Stoga se uz njega vezuje niz iznimaka, tj. slučajeva kada se strankama ne mora dati prilika izjasniti se u postupku, a čime ipak ovo pravo stranke neće biti povrijeđeno. Česta iznimka u svezi s korištenjem ovoga prava odnosi se na donošenje odluke u hitnim slučajevima, tj. situacijama kada se odluka mora donijeti bez odgode kako bi se zaštitio život ili zdravlje ljudi, odnosno imovina većih razmjera. Stranci se ne mora omogućiti izjasniti se niti u postupku u kojem se njezin zahtjev u potpunosti usvaja ili povodom kojega ona neće trpjeti nikakve štetne posljedice. Jedna od iznimaka jest i slučaj kada zbog prirode same stvari izjava stranke ne može ni u čemu doprinijeti rješavanju upravne stvari niti zaštititi njezinih prava i pravnih interesa, pa se niti tada stranci ne treba ponuditi ova mogućnost. Ovo pravo stranka neće imati niti kada ju se ne može obavijestiti o vođenju postupka, jer se ne zna gdje se ona nalazi ili čak niti tko je uopće stranka u postupku i sl. Međutim, upravo pravom na izjašnjavanje stranke nastoji se barem donekle ublažiti podređeni položaj pojedinca prilikom jednostranog i autoritativnog odlučivanja o njegovim pravima, obvezama i pravnim interesima.

5.6. *Obrazloženost odluke*

Kako bi zaštitila svoja prava i pravne interese pobijajući nezakonitu odluku javne vlasti stranka ima pravo znati zašto je javna vlast donijela upravo takvu odluku. Ovo pravo u određenim oblicima prisutno je u pravnim sustavima svih država članica Unije, ali i u nekim međunarodnim pravnim aktima. Tako je ono svoje mjesto našlo i u *Ugovoru o funkcioniranju Europske unije* koji je člankom 296. stavak 2. utvrdio obvezu da u svim pravnim aktima budu navedeni razlozi na kojima se oni temelje te da se u njima trebaju navesti i svi prijedlozi, inicijative, preporuke, zahtjevi ili mišljenja zahtijevani *Ugovorom*. Pravo dobiti obrazloženu odluku stranci priznaje i *Povelja o temeljnim pravima Europske unije*, ali i neki sekundarni propisi prava Unije koji se primjenjuju u posebnim upravnim područjima.⁷¹ Na obrazloženju pojedinačnih odluka javne vlasti inzistira i Vijeće Europe koje je *Rezolucijom (77)31 o zaštiti pojedinaca od akata upravnih vlasti* propisalo da kada god upravni akt može povrijediti pravo, slobodu ili interes neke osobe, ona mora biti obaviještena o razlozima na kojima se takav akt temelji.⁷² Na važnost obrazloženja odluke ukazuje i *Preporuka CM/REC (2007)7 o dobroj upravi*

71 Članak 41. stavak 2. *Povelje o temeljnim pravima Europske unije*. Ovo pravo susreće se, primjerice i u članku 73. *Uredbe Vijeća (EC) broj 40/94 od 20. prosinca 1993. godine u vezi s trgovačkim markama Zajednice, Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark*, Official Journal, 1994., L 11., koja Uredu za harmonizaciju unutarnjeg tržišta nameće obvezu da u odlukama moraju biti navedeni razlozi na kojima su one zasnovane.

72 Članak IV. *Rezolucije (77)31 o zaštiti pojedinaca od akata upravnih vlasti*. Ova *Rezolucija* ostavlja javnoj vlasti mogućnost da stranci priopći razloge ili u obrazloženju samoga akta ili da joj ih na njezino pisano traženje podneseno u određenom roku dostavi naknadno.

koja određuje kako svaka pojedinačna odluka treba biti sastavljena na jednostavan, jasan i razumljiv način te da ona mora sadržavati odgovarajuće razloge za njezino donošenje. U takvoj odluci, barem u slučajevima kada ona može povrijediti prava i pravne interese pojedinaca, mora biti navedena i pravna i činjenična osnova na kojoj se ona temelji.⁷³ Nužnosti obrazlaganja odluke na istovjetan način pristupa i *Europski kodeks dobrog upravnog postupanja* koji utvrđuje da svaka odluka koja može negativno utjecati na prava ili interese privatne osobe treba imati istaknute razloge na kojima se zasniva, jasno ukazujući na činjeničnu i pravnu osnovu. Stoga, službenici trebaju izbjegavati donošenje odluka koje su zasnovane na kratkim ili nejasnim razlozima ili koje nemaju pojedinačno obrazloženje. Čak i kada zbog velikoga broja stranaka u pojedinim postupcima nije moguće detaljno obrazložiti svaku odluku posebno te je obrazloženje standardizirano, *Kodeks* obvezuje institucije i tijela Unije da na upit pojedinih stranaka dostave potpuno obrazloženje odluke donesene u njihovom slučaju.⁷⁴

U pravu je već odavno prihvaćen standard da se odluke u upravnim stvarima donose u pisanom obliku te da imaju propisani sadržaj. Obrazloženje je bitan sastavni dio odluke o upravnoj stvari te se nedostatak obrazloženja smatra razlogom nezakonnosti akta, zbog kojega ovaj može biti stavljen izvan snage. Obrazloženje u pravilu treba sažeti rezultate dokaznog postupka, treba sadržavati argumente koji određuju ocjenu dokaza i mišljenje pravne stvari u jasnom i određenom smislu. Ono mora sadržavati naznaku svih relevantnih činjenica koje vode ka zaključku o činjeničnom stanju te pravnih osnova za odlučivanje, baš kao i zaključke koji su izvedeni prilikom donošenja odluke. Obrazloženje odluke posebno dolazi do izražaja kada se zahtjev stranke u cijelosti ili djelomično odbija ili kada se stranci nameću određene obveze, jer će ona upravo u obrazloženju potražiti osnovu za korištenje pravnih sredstava. Stoga obrazloženje tada mora biti posebno detaljno te iz njega moraju proizići zaključci koji će potkrijepiti poduzimanje svih radnji u postupku propisanih zakonom, potpuno i pravilno utvrđeno činjenično stanje te pravilnu primjenu materijalnog prava. Povreda ovoga zahtjeva uočava se kada u odluku uopće nije uneseno obrazloženje, ako mu nedostaje naznaka kojeg bitnoga činjeničnog ili pravnog dijela ili ako su navodi izneseni u obrazloženju proturječni jedni drugima.

Temeljna svrha obrazloženja jest pomoći stranci da utvrdi razloge koji su vodili upravno tijelo pri donošenju ove odluke te joj omogućiti procijenu kakve su uopće šanse pobijanja ove odluke pravnim sredstvima. Međutim, obveza izrade obrazloženja prisiljava tijelo koje vodi postupak i na nadzor vlastitog rada, što može spriječiti brojne nehote nezakonnosti.⁷⁵ Obrazloženje rješenja omogućuje i jednostavni eksterni nadzor nad radom javne vlasti te također doprinosi zakonitosti rada uprave uopće.

73 Članak 17. *Preporuke CM/REC (2007)7 o dobroj upravi.*

74 Članak 18. *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja.*

75 Vidi Schwartze, op. cit., str. 1401.

5.7. Razmjernost pri donošenju odluke

Načelo razmjernosti povijesno gledajući jedno je od novijih načela u pravnom sustavu mnogih država članica Europske unije. No, unatoč tomu ono je svoje mjesto već odavno našlo u pravu Unije. Štoviše, ono je jedno od rijetkih pravila koja se primjenjuju na vođenje upravnog postupka, a izričito je propisano u *Osnivačkim ugovorima*. Sukladno članku 5. stavak 4. *Ugovora o Europskoj uniji* sadržaj i oblik mjere koju poduzima neka institucija ili tijelo Unije ne smije premašiti ono što je nužno za postizanje cilja *Ugovora*. Razmjernosti pri donošenju odluke na značenju daje i Vijeće Europe koje *Preporukom CM/REC (2007)7 o dobroj upravi* svakom tijelu koje vodi postupak nalaže postupanje i odlučivanje uvijek uz poštivanje načela razmjernosti. Ova tijela mogu odrediti mjere koje utječu na prava i pravne interese stranaka samo kada je to nužno i dotle dok je to neophodno da bi se postigao cilj propisan zakonom. Ona trebaju voditi računa o ravnoteži između svakoga štetnog učinka koje njihova odluka može imati na prava ili interese pojedinaca i svrhe koju poduzimanjem te radnje trebaju ostvariti posebno prilikom odlučivanja slobodnom ocjenom.⁷⁶

Načelo razmjernosti u radu uprave utvrđeno je i *Europskim kodeksom dobrog upravnog postupanja*. Na sličan način kao i u gore navedenim izvorima i ovdje stoji kako prilikom donošenja odluke službenik treba osigurati da sve poduzete mjere budu razmjerne svrsi koja se treba postići u postupku. Zbog toga institucije i tijela Unije trebaju osobito izbjegavati ograničavanje prava ili nametanje obveza pojedincu, kada god ovo ograničenje ili obveza nije u razumnom odnosu sa svrhom koju nalaže materijalni propis kojim se rješava upravna stvar. Stoga, sukladno ovomu *Kodeksu*, prilikom donošenja odluke službenik treba poštivati „*pravičnu ravnotežu između interesa privatne osobe i općeg javnog interesa*“.⁷⁷ Razmjernost u donošenju odluke detaljnije je u svojim presudama razradio i Europski sud.⁷⁸

Dakle, prema načelu razmjernosti javna vlast ne smije odrediti obveze pojedincima osim onih koje su u javnom interesu nužne kako bi se ostvarila svrha propisa Unije. Stoga se za provedbu načela razmjernosti u svakom konkretnom slučaju mora utvrditi razumna veza između sredstva koje se koristi i cilja koji treba postići. Ona zahtijeva da bude očigledno kako će mjera koja se određuje ostvariti cilj te da teret koji se nameće određenom pojedincu bude u skladu s javnim interesom.⁷⁹ Također zahtijeva da se institucije i tijela Unije i država članica suzdrže od svake radnje koja će imati učinak suprotan onome koji je propisan zakonom, jer će u protivnom prekršiti svoje upravne ovlasti. Razmjernost posebnu važnost dobiva u slučajevima slobodnog odlučivanja te situacijama kada se prava stranaka i javni interes izravno sukobljavaju.

⁷⁶ Članak 5. *Preporuke CM/REC (2007)7 o dobroj upravi*.

⁷⁷ Članak 6. *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja*.

⁷⁸ Vidi Predmet 5/73, *Balkan-Import-Export GmbH v. Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 1973., ECR 1091. te Predmet 114/76, *Bela-Mühle Josef Bergman v. Grpws-Farm*, 1977., ECR 1211.

⁷⁹ Hartley, *Foundations*, op. cit., str. 166.

5.8. Rješavanje u razumnom roku

Jedna od najvažnijih obveza upravnih tijela vezanih uz ostvarivanje prava građana, a kojoj se danas sve više pridaje na važnosti, svakako je donošenje odluke u razumnom roku. Stoga je pravo na rješavanje upravne stvari u razumnom roku po uzoru na nacionalne rješenja u državama članicama ubrzo normirano i u pravu Unije. Pravo dobiti odluku u razumnom roku utvrđeno je *Poveljom o temeljnim pravima Europske unije*.⁸⁰ Ovo pravo strankama priznaje i *Preporuka CM/REC (2007)7 o dobroj upravi* Vijeća Europe, koja ujedno sugerira da je razumni rok preporučljivo odrediti zakonom, kako bi se izbjegle moguće dvojbe u njegovom utvrđivanju. Ova *Preporuka* ujedno utvrđuje kako u slučaju propuštanja donošenja odluke u razumnom roku trebaju biti osigurana odgovarajuća pravna sredstva kojima stranka može ostvariti traženo pravo.⁸¹

Kako određivanje općega značenja pojma „*razumnog roka*“ u rješavanju svih upravnih stvari zbog njihovih specifičnosti i različitosti ne daje rezultata, pravodobno rješavanje najčešće se osigurava postavljanjem posebnih rokova za rješavanje ovih stvari u pojedinim upravnim područjima, a koji su onda i prilagođeni specifičnostima u ovim područjima. U tom smislu i veliki broj uredbi u pravnom sustavu Unije također propisuje rokove u kojima se određena radnja mora poduzeti. Međutim, kako se u svim upravnim područjima ipak ne propisuju rokovi za rješavanje upravnih stvari dobro je utvrditi jedinstveni opći rok koji će se primjenjivati u slučajevima kada nisu propisani posebni rokovi. Ovaj rok u pravu Unije može se izvesti iz *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja* koji propisuje kako službenik treba osigurati da odluka o svakom zahtjevu ili pritužbi stranke bude donesena u razumnom roku i bez kašnjenja, ali ne kasnije od dva mjeseca od dana podnošenja zahtjeva.⁸² Stoga se može zaključiti kako se općim rokom za rješavanje upravnih stvari u pravu Unije može smatrati rok od dva mjeseca. Međutim, kako *Kodeks* ipak nije obvezujući izvor prava, ova formulacija još uvijek je samo preporučljiva, a ne i obvezatna. Štoviše, *Kodeks* predviđa i korektivni mehanizam kada tijelo koje vodi postupak iz opravdanog razloga u ovome roku ne može riješiti upravnu stvar. Tada službenik o tomu treba obavijestiti stranku što je prije moguće te joj u najkraćem vremenu dostaviti odluku o upravnoj stvari.

Pravodobnost rješavanja vodi i bržoj i boljoj mogućnosti ostvarivanja prava i pravnih interesa stranaka te isključuje nepravično postupanje prema strankama,

80 Članak 41. stavak 1. *Povelje o temeljnim pravima Europske unije*.

81 Kako bi se pravna sredstva u slučaju propuštanja roka mogla koristiti ova *Preporuka* ujedno predviđa da se svi zaprimljeni zahtjevi trebaju potvrditi s obavijesti koja sadrži naznaku očekivanog vremena u kojem će se odluka donijeti, a koja se šalje podnositelju zahtjeva. U takvoj obavijesti treba stajati i naznaka pravnog sredstva koje stranka može koristiti ako se odluka ne donese u naznačenom roku. Ova obavijest ne mora se slati podnositelju zahtjeva jedino kada tijelo može odmah donijeti traženu odluku. Članak 7. te članak 13. stavci 2. i 4. *Preporuke CM/REC (2007)7 o dobroj upravi*.

82 Članak 17. *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja*. Isto važi i za odgovore uprave na podneske pojedinaca i odgovore upravnim notama koje službenici šalju nadređenima tražeći upute vezane uz odluke koje trebaju donijeti.

kao i štetu koja zbog kašnjenja u donošenju odluke može nastupiti i za privatne osobe i za javni interes. U konačnici, ako su rokovi propisani zakonom nepoštivanje istih dovodi do nezakonitosti u rješavanju upravnih stvari. Nepravodobno rješavanje nerijetko nije samo rezultat nedostatne osposobljenosti službenika ili njihovoga nepravilnog rada, već može biti utemeljeno i na objektivnim okolnostima, kao što su nedostatni resursi uprave u slučaju iznenadnoga povećanog opsega posla. No, bez obzira na ove okolnosti pravodobno rješavanje smatra se nužnim standardom rada moderne i zakonite javne uprave.

5.9. Drugi zahtjevi usmjereni na vođenje upravnog postupka u pravu Unije

Pored ovdje izloženih zahtjeva koje institucije i tijela Unije i država članica trebaju poštivati prilikom vođenja upravnog postupka u pravu Unije, ove su institucije i tijela vezana i nekim drugim zahtjevima koji se susreću u pravnim izvorima prava Unije, a koji se ne bi smjeli smetnuti s uma, no koji se zbog ograničenog opsega ovoga rada neće detaljnije razmatrati. Tako u vođenju upravnih postupaka ova tijela trebaju poduzimati i niz drugih radnji koje pojedincima itekako idu u korist te im olakšavaju ostvarivanje njihovih prava i pravnih interesa.

U tom kontekstu institucije i tijela Unije i država članica trebaju pružiti pomoć neukim strankama savjetujući ih kako će se njegovo postupanje tumačiti te kako će se dalje postupati u rješavanju upravne stvari. Službenici koji vode upravne postupke u postupanju trebaju biti dosljedni, što znači da trebaju slijediti redovitu upravnu praksu institucije, osim kada imaju zakonitu osnovu za odstupanje od ove prakse u nekom pojedinačnom slučaju. Sukladno pravilima o uporabi jezika i pisma svaki građanin, ali i pravna osoba koja se pisano obraća instituciji na jednom od službenih jezika Unije, ima pravo dobiti odgovor na istom jeziku. Po zaprimanju podneska institucije i tijela Unije i država članica obvezane su u roku od dva tjedna pošiljatelju proslijediti potvrdu o primitku podneska, osim kada se materijalni odgovor može poslati u istom razdoblju. Ova potvrda ujedno treba sadržavati i ime i telefonski broj službenika koji postupa u predmetu, kao i naznaku službe kojoj je raspoređen. Štoviše, ako podnesak zaprimi nenadležno tijelo, ono ga treba što prije samo proslijediti nadležnom te o tomu obavijestiti pošiljatelja uz naznaku osobnog imena i telefonskoga broja službenika kojem je podnesak proslijeđen. U istom kontekstu tijelo koje vodi postupak dužno je obavijestiti pojedinca o svakoj pogrešci ili propustu u podnesku koji je ovaj tijelu uputio te mu dati mogućnost ispraviti ju.⁸³ Tijelo koje u rješavanju postupka radi s osobnim podacima građana treba poštivati privatnost i integritet pojedinaca. Ono treba osobito izbjegavati prosljeđivanje osobnih podataka u nezakonite svrhe ili prosljeđivanje ovih podataka neovlaštenim osobama.⁸⁴

83 Članci 10., 13., 14. i 15. *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja* te članak 13. stavak 3. *Preporuke CM/REC (2007)7 o dobroj upravi*.

84 Članak 21. *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja*. Vidi i *Uredbu (EZ) br. 45/2001 Europskoga parlamenta i Vijeća od 18. prosinca 2000. o zaštiti osoba pri obradi osobnih*

Kako bi stranka, posebno ona koja nema odgovarajuća pravna znanja mogla u potpunosti zaštititi svoja prava i pravne interese pravo Unije nalaže tijelima koja vode postupak u svakoj odluci koja može imati štetan učinak na prava i pravne interese neke osobe naznačiti mogućnost njezinog pobijanja odgovarajućim pravnim sredstvom. Sukladno ovom zahtjevu u svakoj odluci treba stajati naznaka pravnog lijeka, tijela kojem se podnosi pravni lijek te rok u kojem se može uložiti. Ovo se posebno odnosi na mogućnost pokretanja upravnog spora.⁸⁵ Kako bi odluka donesena u upravnom postupku imala pravni učinak institucija ili tijelo Unije, odnosno države članice treba se pobrinuti da ista stranci bude dostavljena u pisanom obliku, bez odlaganja. Objava odluke javnom objavom dopuštena je samo kada je to zakonom izričito propisano.⁸⁶

6. ZAKLJUČAK

Iz svega izloženog može se zaključiti kako pravni sustav Europske unije, unatoč brojnim upravnim postupcima koji se vode u njemu, još uvijek nema primjereno kodificirana pravila upravnog postupka. No, ne može se zaključiti kako ova pravila u pravu Unije ipak ne postoje. Ona se nalaze u različitim pravnim izvorima: *Osnivačkim ugovorima* i s njima po snazi izjednačenim pravnim aktima, kao što je *Povelja o temeljnim pravima Europske unije*, zatim u brojnim uredbama i direktivama koje donose institucije Unije, a koje u pravilu uređuju ili neka specifična pitanja upravnog postupka ili reguliraju postupke u pojedinim upravnom područjima, dok je određen broj pravila stvoren ili detaljnije razrađen sudskom praksom Europskog suda, koja je neka od ovih pravila utvrdila kao opća načela prava Unije. Ova pravila susreću se nadalje i u aktima Vijeća Europe, a koji obvezuju sve države članice Unije pa tako svoju primjenu nalaže i u pravnom sustavu same Unije, ali i drugih akata koje su institucije i tijela Unije donijela, iako još uvijek imaju tek *soft law* primjenu.

Danas u Uniji postoje brojni zahtjevi kojih se institucije i tijela Unije i država članica moraju pridržavati kada vode upravne postupke u pravu Unije. To su ponajprije zakonitost u radu uprave, obveza jednakog postupanja prema strankama u postupku, nepristranost službene osobe, pravično vođenje upravnog postupka, pravo stranke izvršiti uvid u spis te se izjasniti tijekom vođenja postupka kako

podataka u ustanovama i tijelima Zajednice te o slobodnome protoku takvih podataka, Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data, Official Journal, 2001., L 8.

85 Članak V. *Rezolucije (77)31 o zaštiti pojedinaca od akata upravnih vlasti*, članak 18. stavak 2. *Preporuke CM/REC (2007)7 o dobroj upravi* te članak 19. *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja*.

86 Članci 18. i 19. *Preporuke CM/Rec (2007)7 o dobroj upravi* te članak 20. *Europskog kodeksa dobrog upravnog postupanja*.

bi zaštitila svoja prava i pravne interese. To su i obveza tijela koje vodi postupak da pri donošenju odluke primjeni načelo razmjernosti te tako pronade optimalnu mjeru prilikom priznavanja prava strankama, a koja istodobno neće ugroziti javni interes. Ovdje je iznimno značajno i pravo stranke na pravodobno rješavanje njezinoga zahtjeva, tj. rješavanje u razumnom roku, ali i pravo stranke dobiti obrazloženu odluku kako bi joj bilo jasno zašto je uprava odlučila upravo na takav način. Naravno, za adekvatnu zaštitu prava i pravnih interesa stranaka u upravnom postupku posebno je značajno načelo pomoći stranci kao i uslužne radnje uprave prema stranci koje se ogledaju ponajprije prilikom zaprimanja nepotpunih zahtjeva, odnosno zahtjeva za rješavanje kojih ova tijela nisu nadležna. Osobito značajne za stranke svakako su i odredbe o zaštiti podataka, ali i o upućivanju na mogućnost korištenja pravnih sredstava, baš kao i odredbe koje važenje upravnog akta vezuju uz uredno izvršenu dostavu.

Ulaskom Hrvatske u Europsku uniju njezina upravna tijela postat će i formalni obveznici primjene svih ovih pravila. Zahvaljujući dugotrajnoj primjeni vrlo detaljnih pravila upravnog postupka postavljenih još 1930. godine *Zakonom o općem upravnom postupku*, čini se da hrvatska upravna tijela ne bi trebala imati većih poteškoća s udovoljavanjem ovim postupovnim standardima. Načela zakonitosti, razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa, pomoći stranci, utvrđivanja materijalne istine, samostalnosti i slobodne ocjene dokaza, učinkovitosti i ekonomičnosti, pristupa podacima i zaštite podataka, prava stranke na pravni lijek i zaštite stečenih prava stranaka već se odavno primjenjuju u hrvatskom upravnom postupku, a osuvremenjeno značenje dano im je i novim *Zakonom o općem upravnom postupku* iz 2009. godine. No, problem s kojim će se tijela hrvatske javne uprave svakako suočiti, a s kojim se već godinama suočavaju i institucije i tijela Unije i država članica upravo je sustavno kodificiranje ovih pravila u jednome aktu, što bi bilo od neizmjernog praktičnog značenja za sve obveznike vođenja upravnih postupaka u pravu Unije i na čemu bi Unija svakako trebala poraditi.

7. PRAVNI IZVORI

7.1. Propisi

1. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Official Journal, 2000., C 364.
2. *Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union*, Official Journal, 2010., C 83.
3. *Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark*, Official Journal, 1994., L 11.
4. *Council Regulation (EC) No 535/97 of 17 March 1997 amending Regulation (EEC) No 2081/92 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs*, Official Journal, 1997., L 83.

5. *Council Regulation (EC) No 1334/2000 of 22 June 2000 setting up a Community regime for the control of exports of dual-use items and technology*, Official Journal, 2000., L 159.
6. *Council Regulation (EEC) No 2081/92 of 14 July 1992 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs*, Official Journal, 1992., L 208.
7. *Council Regulation (EEC) No 2309/93 of 22 July 1993 laying down Community procedures for the authorization and supervision of medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Agency for the Evaluation of Medicinal Products*, Official Journal, 1993., L 214.
8. *Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts*, Official Journal, 2004., L 134.
9. *Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors*, Official Journal, 2004., L 134.
10. European Ombudsman, *The European Code of Good Administrative Behavior*, European Communities, Luxemburg, 2005.
11. *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 8/99. i 14/02.
12. *Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration*, <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1155877&Site=CM>.
13. *Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties*, <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=220409&Site=COE>.
14. *Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on improvement of domestic remedies*, <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=743317>.
15. *Recommendation Rec(2004)20 of the Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts*, <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=802925&Site=COE>.
16. *Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data*, Official Journal, 2001., L 8.
17. *Regulation (EC) No 1049/2001 on of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, Official Journal, 2001., L 145.
18. *Regulation (EEC, Euratom) No 1182/71 of the Council of 3 June 1971 determining the rules applicable to periods, dates and time limits*, Official Journal, 1971., L 124.

19. *Regulation (EEC) No 2988/74 of the Council of 26 November 1974 concerning limitation periods in proceedings and the enforcement of sanctions under the rules of the European Economic Community relating to transport and competition*, Official Journal, 1974., L 319.
20. *Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty*, February 6, Official Journal, 1962., 13.
21. *Regulation No 1 determining the languages to be used by the European Economic Community*, Official Journal, 1958., 17.
22. *Regulation No 99/63/EEC of the Commission of 25 July 1963 on the hearings provided for in Article 19 (1) and (2) of Council Regulation No 17.*, Official Journal, 1963., 127.
23. *Resolution (77) 31 on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative*, <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet>.
24. SIGMA, Paper no. 27: European principles for public administration, CCNM/SIGMA/PUMA(99)44/REV1.
25. *Single European Act*, Official Journal, 1987., L 169.
26. *Treaty Establishing the European Economic Community*, Encyclopaedia of Community Law, Series V, 2/1980.
27. *Treaty on European Union*, Official Journal, 1992., C 191.

7.2. Sudska praksa

1. Case 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique v. High Authority*, 1956., ECR 292.
2. Case 1/72, *Frilli v. Belgium*, 1972., ECR 457.
3. Case 5/73, *Balkan-Import-Export GmbH v Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 1973., ECR 1091.
4. Case 152/73, *Sotigu v. Deutsche Bundespost*, 1974., ECR 153.
5. Case 17/74, *Transocean Marine Paint Association v. Commission*, 1974., ECR 1063.
6. Case 21/74, *Airola v. Commission*, 1975., ECR 221.
7. Case 85/76, *Hoffman-La Roche v. Commission*, 1979., ECR 462.
8. Case 114/76, *Bela-Mühle Josef Bergman v. Grpws-Farm*, 1977., ECR 1211.
9. Case 75/77, *Mollet v. Commission*, 1978., ECR 897.
10. Case 78/77, *Luhrs v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 1978., ECR 169.
11. Case C-294/83, *Les Verts v. Parliament*, 1986., ECR 1339.
12. Case 45/86, *Commission v. Council*, 1987., ECR 1493.
13. Case C-269/90, *Technische Universität München v. Hauptzollamt München-Mitte*, 1991., ECR I-5469.
14. Case T-16/91, *Rendo v. Commission*, 1996., ECR II-1827.
15. Case C-97/91, *Oleificio Borelli v. Commission*, ECR I-6313., 1992.
16. Case 51/92, *Hercules Chemicals v. Commission*, 2002., 1999., ECR I-4235.
17. Case C-136/92, *Commission v. Brazzelli Lualdi*, 1994., ECR I-1981.

18. Case C-180/96, *United Kingdom v. Commission*, 1998., ECR I-2265.
19. Case T-37/97, *Forges de Clabecq v. Commission*, 1997., ECR II-859.
20. Case T-205/99, *Hyper Srl v. Commission*, 2002., ECR 3141.
21. Case C-238/99, *Limburgese Vinyl Maatschappij NV*, 2002., ECR 8375.
22. Case T-94/00, *Rica Foods (Free Zone) NV v. Commission*, 2002., ECR I-09011.
23. Joined Cases 281, 283-285 & 287/85, *Germany v. Commission*, 1987., ECR 2303.
24. Joined Cases C-48/87 i C-227/88, *Hoechst AG v. Commission*, 1989., ECR 2859.

8. LITERATURA

1. Von Bogdandy, Armin, Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch, *European Law Journal*, vol. 16., no. 2., 2010.
2. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
3. della Cannea, Giacinto, The European Union's Mixed Administrative Proceedings, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004.
4. Cassese, Sabino, European Administrative Proceedings, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004.
5. Chiti, Eduardo, Administrative Proceedings Involving European Agencies, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004.
6. Chiti, Mario, Forms of European Administrative Action, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004.
7. Craig, Paul, *EU Administrative Law*, European University Institute, Oxford, 2006.
8. Đerđa, Dario, Određivanje nadležnosti europske zajednice, *Hrvatska pravna revija*, god. 8., br. 7-8., 2008.
9. Đerđa, Dario, Upravni postupci u europskom pravu, *Hrvatska pravna revija*, god. 9., br. 4., 2009.
10. Franchini, Claudio, European Principles Governing National Administrative Proceedings, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004.
11. Harlow, Carol, *European Administrative Law and the Global Challenge*, European University Institute: RSCAS Working Paper 23/98.
12. Hartley, Trevor C., *The Foundations of European Union law: an introduction to the constitutional and administrative law of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
13. Medvedović, Dragan, Pravci modernizacije upravnog postupka, *Informator*, br. 5500., 2006.
14. Nehl, Hanns P., *Principles of administrative procedure in EC law*, Hart, Oxford, 1999.
15. Schwartze, Jürgen, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 1992.

Summary

RULES GOVERNING THE ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS IN THE EUROPEAN LAW

The aim of this article is to determine legal sources which regulate the administrative proceedings in the European Union Law. The author in the article makes efforts to identify no more than legal sources for general administrative proceedings without entering into the special administrative field. Moreover, he endeavours to single out the basic requirements which have to be fulfilled by the institutions and bodies of the European Union while exercising their powers as well as by the Member States while applying the material provisions of the European law in administrative matters to decide about rights, obligations and legal interests of the individual. In final remarks, the authors defines a necessary content of the above mentioned requirements as it has been defined by the legislation of the European Union as well as by the court practice.

***Key words:** administrative proceedings, rules, setting norms, codification, European Union.*

Zusammenfassung

DIE REGELN DES VERWALTUNGSVERFAHRENS IM EU-RECHT

Das Ziel dieser Arbeit ist die Feststellung von Quellen, welche das Verwaltungsverfahren im EU-Recht regeln. Der Autor versucht in der Arbeit nur die Quellen des Verwaltungsverfahrens zu identifizieren ohne an besondere Verwaltungsbereiche heranzugehen. Ebenfalls versucht er, die Grundanforderungen festzustellen, nach welchen die Institutionen und Körperschaften der Europäischen Union verfahren sollen, aber auch die Mitgliedsstaaten, indem sie bei der Entscheidung über Rechte, Verpflichtungen und Rechtsinteressen der Einzelperson materielle Normen in Verwaltungssachen anwenden. Abschließend wird der notwendige Inhalt dieser nach Gerichtbarkeit der Europäischen Union aber auch nach der Rechtsprechung formulierten Anforderungen festgestellt.

***Schlüsselwörter:** Verwaltungsverfahren, Regeln, Normierung, Kodifikation, die Europäische Union*

RIASSUNTO

LE REGOLE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO NEL DIRITTO EUROPEO

Scopo del presente lavoro è individuare le fonti che regolano il procedimento amministrativo nel diritto dell'Unione europea. L'autore tenta di riconoscere soltanto le fonti del procedimento amministrativo generale senza addentrarsi in specifici settori amministrativi. Cerca, altresì, di determinare le richieste fondamentali nel rispetto delle quali debbono agire le istituzioni e gli organi dell'Unione, come pure dei singoli stati membri, quando, nell'applicare le norme materiali del diritto europeo nelle questioni di natura amministrativa decidono in merito a diritti, obblighi ed interessi legittimi dei singoli. Da ultimo, accerta il contenuto necessario di tali richieste così come formato dalla legislazione dell'Unione e dalla giurisprudenza.

***Parole chiave:** procedimento amministrativo, regole, normazione, codificazione, Unione europea.*

PRIJENOS PRAVA RADI OSIGURANJA – NEDOREČENOSTI I NEDOVRŠENOSTI

Dr. sc. Hano Ernst, docent
Dr. sc. Romana Matanovac Vučković, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.232.3
Ur.: 9. veljače 2012.
Pr.: 20. veljače 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Autori u radu raspravljaju o institutu fiducijarnog prijenosa prava, pritom uspoređujući različita rješenja s obzirom na višestruke izvore u hrvatskom pravu (Zakon o vlasništvu, Zakon o obveznim odnosima, Ovršni zakon, Zakon o financijskom osiguranju i dr.), kao i s obzirom na promjene tih propisa tijekom proteklih petnaest godina. Autori analiziraju probleme koje se tiču objekata fiducijarnog osiguranja i metoda osnivanja, posebno ističući pitanje obvezanosti registracije i notifikacije, te odnosa između pojedinih metoda. Autori razmatraju pravni položaj strana tijekom trajanja osiguranja, i to kako pitanja vezana uz izvršavanje fiducijarno prenesenog prava, tako i pitanja vezana uz raspolaganja tim pravom i s tim povezane prioritetne odnose. Konačno, autori detaljno razrađuju i postupke namirenja iz fiducijarno prenesenog prava, pritom posebno ističući probleme u primjeni općih ovršnopравnih pravila na fiducijarni odnos. Posebna pažnja povećana je u svim segmentima odnosu fiducijarnog i založnog prava, s obzirom na centralni položaj založnog prava u hrvatskom stvarnopravnom sustavu. Specifičnosti su istaknute kod osiguranja na tražbinama, budući da se radi o arhetipu imovinskog prava, kao i kod financijskog osiguranja zbog posebne regulacije uspostavljene implementacijom europskog prava.

Ključne riječi: *fiducija, fiducijarna cesija, prijenos prava radi osiguranja, financijsko osiguranje, upisnik*

I. UVOD

Usprkos tome što hrvatski pravni sustav već dugo vremena sadržava niz pravila koja uređuju fiducijarni prijenos prava, taj je institut vrlo oskudno obrađen u literaturi, a izostaje mu spomen u sudskoj i poslovnoj praksi. Razlozi za to su djelomično u činjenici da je hrvatsko pravo prošlo komplicirano i opetovano uređivanje fiducijarnog osiguranja, djelomično u koncentraciji financiranja na druge

objekte osiguranja, te djelomično u nerazumijevanju i neadekvatnom usvajanju suvremenijih oblika financiranja.

Geneza fiducijarnog osiguranja općenito je bila uvjetovana tranzicijskim prilikama u Republici Hrvatskoj povezanim s neodgovarajućim modelima u zapadnoj Europi.¹ Iako se konceptualni (ne i normativni) model može pronaći u njemačkom pravu, fiducijarno vlasništvo je u vrijeme kad je uvedeno u OZ-u (1996) bilo smatrano apsolutnom novinom.² Pritom je, treba upozoriti, još u socijalizmu (kao i naknadno) postojalo uređenje založnog prava na pravu u ZOO-u (1978)³ koje je, prema ocjenama nekih, predstavljalo najmoderniju regulativu osiguranja u ono vrijeme.⁴ Zašto je onda zakonodavac ipak odlučio regulirati ovo područje posebno, dodatno multiplicirajući tipologiju instrumenata osiguranja?

Literatura općenito ukazuje na to da je multiplicitet bio namjeran, pri čemu je fiducijarno osiguranje imalo ulogu potisnuti založno pravo.⁵ Motivacija za postizanje takvog praktičnog učinka ležala je u mehanizmima namirenja, što je u skladu s činjenicom da su se kao objekti osiguranja u prvom redu u devedesetim godinama prošloga stoljeća trebale mobilizirati nekretnine. Prava su ostala praktično potisnuta, no zbog sustavnog pristupa ipak su bila regulirana. No, ta se regulacija temelji na pravilima koja se odnose na druge objekte osiguranja, koja se u slučaju kada je pravo objekt osiguranja primjenjuju na odgovarajući način. To je, između ostalog, i do danas ostao jedan od najizraženijih problema u odnosu na fiducijarni prijenos prava radi osiguranja jer prividno ukazuje na postojanje uređenja tog instituta, dok istodobno iziskuje visok stupanj napora da bi se odgonetnula postojeća rješenja, oblikovana za druge objekte osiguranja.

1 V. o tom problemu kod Dahan, F., *Law Reform in Central and Eastern Europe: The Transplantation of Secured Transactions Laws*, 2 *Eur. J. L. Reform* 369 (2000.).

2 U zapadnoeuropskim zemljama koje su fiducijarne prijenose razvile ranije, npr. njemačko i englesko pravo, taj se institut razvio iz drugih razloga. Englesko pravo je od početaka u *common law* razvijalo *mortgage*, (jer drugih instituta nije bilo), dok je kasnije u *equity* priznalo prijenos tražbine općenito. Njemačko pravo fiducijarni je prijenos razvilo u prvom redu na pokretninama, i to radi omogućavanja neposesnog osiguranja, koje je nedostajalo zbog krutog uređenja u BGB-u. Na pravima je iz sličnih razloga prihvaćen prijenos prava radi osiguranja, koji je gotovo u cijelosti potisnuo založno pravo.

3 V. čl. 989 *et. seq.* ZOO (1978).

4 Povlakić, M., *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, *Nova pravna revija*, br. 1-2, 2011., str. 11.

5 Tako Dika navodi: «Uvođenjem posebnog sudskog i javnobilježničkog osiguranja htjelo se ... omogućiti vjerovniku stjecanje u materijalnopravnom smislu višeg stupnja osiguranja od onoga što ga pruža založnopravno osiguranje - stjecanje vlasništva na stvari odnosno prava, umjesto založnog prava na tim predmetima osiguranja. Zatim se htjelo stvoriti pravozaštitni instrumentarij koji bi omogućavao da se u sporazumu ... s pravnom snagom sudske nagodile utvrdi tražbina fiducijara prema fiducijantu i suglasnost fiducijanta (i trećega, ako bi njemu pripadao predmet osiguranja) da se radi osiguranja te tražbine (bezuovjetno) prenese na fiducijara vlasništvo na određenoj stvari odnosno koje pravo fiducijanta (ili trećega) (*clausula assecurandi*), da se na temelju toga sporazuma izvorno ... ali i izvansudsko ostvarenje tražbine u slučaju zakašnjenja fiducijanta.» Dika, M., *Fiducijarno osiguranje*, u: *Ovrha i stečaj - radni materijali*, (Marković, N. i Garašić, J. (ur.), *Narodne novine*, 2009.), 35.

Zanimljivo je da zemlje u široj regiji u velikom broju slučajeva nisu u svoje pravne sustave posebno uvodile fiducijarno osiguranje, iako je većina zemalja bivše SFRJ u tom pogledu iznimka. Tako je fiducijarno osiguranje uređeno u Sloveniji, Crnoj Gori i Makedoniji, pri čemu je makedonsko pravo našlo uzor u hrvatskom pravu. U široj regiji fiducijarno osiguranje imaju Mađarska, Češka i Poljska.⁶

Osobitost aktualne situacije u Hrvatskoj jest dodatno u činjenici da se nalazimo u vakacijskom razdoblju, uslijed odgode primjene ključnih odredbi Ovršnog zakona,⁷ iako nove odredbe OZ-a (2010) nisu, međutim, u pogledu osiguranja gotovo ništa izmijenile.

Gospodarsko značenje fiducijarnog prijenosa prava različito je od ostalih osiguranja utoliko što se radi o specifičnim obrascima financiranja koji, iako su relativno dobro razvijeni u inozemnoj praksi, u hrvatskom pravu i poslovnoj praksi još uvijek su daleko od statusa redovitog poslovanja. Ti obrasci ovise o konkretnom pravu. Svakako najčešći slučaj su tražbine, redovito iz ugovora o kupoprodaji, ali i iz drugih ugovora koji predstavljaju temeljnu dužnikovu djelatnost, kao što su različiti ugovori o uslugama u uslužnom sektoru. Kreditiranje je relativno često i na temelju vrijednosnih papira, pri čemu osobito važan položaj zauzimaju različiti oblici financijskoga fiducijarnog osiguranja. Oni su specijalizirani i rezervirani za financijski sektor, ali zbog svoje učestalosti, kao i visine osiguranih tražbina zauzimaju društveno i gospodarski relevantan položaj.

Uređenje je podijeljeno kroz nekoliko izvora. Kao prvo, prijenos prava općenito je uređen u Zakonu o obveznim odnosima,⁸ jer taj Zakon matično uređuje ustup tražbine, tj. cesiju.⁹ Današnji ZOO pritom uređuje i potpuno rudimentarno cesiju radi osiguranja,¹⁰ kao što je to činio i njegov prethodnik.¹¹ Ta odredba, međutim, ne propisuje drugo nego da se primatelj dužan brinuti s pažnjom dobrog

6 Poljska je prihvatila dvije inačice fiducijarnog prijenosa, slično hrvatskom pravu, kao apstraktni prijenos vlasništva s jedne strane, te prijenos uz raskidni uvjet s druge. Pritom poljsko pravo, za razliku od hrvatskoga, priznaje fiducijarnog vjerovnika kao izlučnog vjerovnika. V. Povlakić, M., Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi, 24 Zb. PFR 195, 205 (2003.). Isto čini i slovenski zakonodavac kada dopušta strankama ugovaranje izlučnog prava, što pokazuje da je institut daleko od stabiliziranih obilježja.

7 NN 139/10, 125/11, 150/11, 154/11 i 12/2012, dalje OZ (2010). Temeljem čl. 340. OZ (2010), taj je zakon stupio na snagu osmoga dana od dana objave (10. prosinca 2010.) osim odredbi u al. 1.-3. toga članka. Neke su odredbe stupile na snagu 1. siječnja 2011. (čl. 340. al. 2. OZ (2010)). Člankom 2. ZIOZ (NN 150/11) izmijenjen je čl. 340. al. 1. na način je datum pomaknut na 1. srpnja 2012. (umjesto ranijeg 1. siječnja 2012.). Međutim, istom izmjenom nije diran čl. 339. OZ (2010) koji predviđa prestanak važenja odredbi OZ (1996) koje su zamijenjene novim odredbama. To je imalo za posljedicu potpuni prestanak važenja većeg dijela ovršnopravnog sustava do početka primjene OZ (2010), što je otklonjeno u zadnji trenutak Uredbom o izmjenama OZ (NN 154/11) koja je stupila na snagu 29. prosinca 2011. čime je odgođena praznina.

8 NN 35/05 i 41/08, dalje ZOO. Do 1. 3. 2006. na snazi je bio Zakon o obveznim odnosima iz 1978. godine, NN 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99 i 88/01, dalje ZOO (1978).

9 V. čl. 80. *et seq.* ZOO.

10 V. čl. 89. ZOO.

11 V. čl. 445. ZOO (1978).

gospodarstvenika, odnosno dobrog domaćina o naplati ustupljene tražbine te nakon naplate, nakon što zadrži koliko je potrebno za namirenje tražbine prema ustupitelju, ovome predati višak.

Istodobno je na snazi već preko petnaest godina Ovršni zakon,¹² koji uređuje prijenos prava radi osiguranju u širem i sveobuhvatnijem okviru fiducijarnog osiguranja kao općeg instituta sudskog, odnosno javnobilježničkog osiguranja. Za razliku od pokretnina i nekretnina, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,¹³ ne uređuje fiducijarni prijenos vlasništva u kontekstu čl. 34. budući da se tamo radi o ograničenju prava vlasništva.¹⁴ U nedostatku posebnih odredbi ZOO-a, međutim, put osnivanja osiguranja kroz OZ (1996) čini se nešto atraktivnijim, posebno u tranzicijskom okruženju u kojem nedostaje razvijena poslovna praksa.

I novi OZ (2010) koji još nije u tom dijelu stupio na snagu, uređuje ovaj institut, i to uz minimalna odstupanja od dosadašnjeg uređenja. U nastavku se analiziraju pravila ovršnog osiguranja i opće građanskopravno uređenje fiducijarne cesije, odnosno prijenosa prava radi osiguranja.

U drugom se dijelu na početku razmatraju prava kao objekt osiguranja kao ključni kriterij u određenju grupa pravila koja se primjenjuju zaokruženo. Nakon toga se raspravlja o odnosu prijenosa prava radi osiguranja prema založnom pravu i prema prodaji, koji u hrvatskom pravu mogu predstavljati problem zbog uske povezanosti i funkcionalnom umrežavanju instituta. Kasniji dijelovi obrađuju pojedine etape osiguranja, i to osnivanje (treći dio), pravne odnose prije namirenja (četvrti dio) i namirenje (peti dio). Šesti dio je zaključak.

II. OBJEKTI FIDUCIJARNOG OSIGURANJA I ODNOS PREMA SLIČNIM INSTITUTIMA

A. Prava kao objekt osiguranja

Osiguranje na pravima kompleksno je uređeno u svim pravnim sustavima, zbog raznolikosti prava koja mogu poslužiti kao osiguranje, odnosno zbog specifičnosti vezanih uz njihovo evidentiranje i prijenos. U Republici Hrvatskoj to se vidi već na prvi pogled kada se pogleda struktura pravila ovršnog prava o ovrsi na pojedinim imovinskim pravima, a slično, iako manje izraženo, proizlazi i iz ZV-a. Nesporno je da je zbog toga teško uspostaviti jedinstveni režim za npr. običnu tražbinu, udio u investicijskom fondu, poslovni udio i patent, jer ta prava nemaju puno toga zajedničkog. Hrvatski propisi o osiguranju, međutim, upravo daju dojam kao da se jedinstvenim pravilima mogu obuhvatiti sve kategorije prava. Pod

12 NN 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 i 67/08, dalje OZ (1996).

13 NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09, dalje ZV.

14 Tako i Gavella, N., *et al.*, *Stvarno pravo*: 2. dio (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 539 (upućujući na primjenu pravila ZOO umjesto pravila OZ).

pojmom prava razumiju se sva prenosiva imovinska prava. Pritom se razlikovanje između pojedinih prava temelji na nekoliko kriterija: (1) je li riječ o tražbini ili svim ostalim pravima?; (2) je li riječ o pravima koja se upisuju u javni upisnik ili ne? i (3) je li riječ o financijskom kolateralu, i to materijaliziranom, nematerijaliziranom registriranom ili neregistriranom papiru ili sredstvima na računu?

Kriterij (1) proizlazi iz naravi tražbine i odnosu prema dužniku te tražbine. Zbog toga se pravila o ovlastima i dužnostima vjerovnika razlikuju za ove objekte od ostalih, što je vidljivo u pravilu iz čl. 274.j OZ (1996), koji je specifičan za tražbine. Ova pravila pogotovo dolaze do izražaja kod novčanih tražbina, s obzirom na njihovu visoku likvidnost. Kriterij (2) ključan je u fazi osnivanja, zbog toga jer se registrirana prava tretiraju slično kao i nekretnine, tj. promjene se redovito obligatorno registriraju.

Kriterij (3) kompleksan je jer je moguća primjena općih, ali i posebnih pravila o financijskom osiguranju. Primjerice, nematerijalizirane vrijednosnice, tretiraju se slično registriranim pravima, dok je režim materijaliziranih papira, isti kao i onaj kod pokretnina. Ako su stranke kvalificirane osobe i ako je ugovoreno financijsko osiguranje, tada vrijede praktički samo pravila posebnog Zakona o financijskom osiguranju.¹⁵

B. Odnos prema založnom pravu

Obična fiducijarna cesija temelji se na pravilima ZOO-a. Kao što je već spomenuto, iako nastoji sustavno urediti i stvari i prava, ZV ne uređuje fiducijarno osiguranje pravima, budući da ga konstruira kao ograničeno vlasništvo.¹⁶ Međutim, vladajuće je mišljenje u hrvatskoj literaturi da se i kod založnog prava na pravu događa prijenos prava radi osiguranja.¹⁷ To proizlazi i izričito iz teksta ZV-a, koji kao način stjecanja dobrovoljnog založnog prava na tražbinama i vrijednosnim papirima na ime navodi ustup radi osiguranja,¹⁸ dok općenito navodi da je način stjecanja onaj predviđen za prijenos prava.¹⁹ Hrvatsko pravo, dakle, predviđa kompleksan *modus* stjecanja založnog prava na pravu utoliko što predviđa dva konstitutivna elementa: cesiju i notifikaciju. To dovodi do preklapanja i doktrinarnih nejasnoća.

Literatura je već ranije ukazala na problematičnost razlikovanja klasičnog založnog prava od fiducijarne cesije, pri čemu je založno pravo obilježeno konstitutivnom sukcesijom, tj. osnivanjem tereta na tražbini bez njezinog prijenosa, dok je cesija oblik translativnog stjecanja prava.²⁰ Slijedom toga, po tom mišljenju

15 NN 76/07, dalje ZFO.

16 V. *supra* bilj. 12.

17 Gavella, N., *et al.*, Stvarno pravo: 2. dio (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 393; tako i Markovinović, H., Ovrha na novčanoj tražbini, 56 Zbornik PFZ 685, 700 (2006.).

18 Čl. 310. st. 1. ZV.

19 *Ibid.* Na vrijednosne papire na donositelja primjenjuju se pravila o pokretninama, a kod vrijednosnih papira po naredbi založno se pravo osniva založnim indosamentom.

20 V. Miladin, P. i Markovinović, H., Založno pravo na pravu, 46 PuG 95, 105 (2007.); Denišlić, M., Odnos založnog prava na potraživanjima i cesije, 31 Godišnjak PFSa 37 (1983.). Zato dio

proizlazi da konstitutivna sukcesija bolje odgovora prirodi založnog prava, da takvo tumačenje dovodi do nesklada između uređenja založnog prava na pravu i stvarima,²¹ te da je nemoguće analogno primijeniti odredbe o založnom pravu na pokretninama i nekretninama na zalag prava u takvoj konstrukciji.^{22,23} U literaturi je izražen i obrnuti stav sukladno kojem cesija radi osiguranja «prvenstveno znači zalaganje jednog potraživanja. Sličnosti koje postoji između ove vrste cesije i zalaganja potraživanja prije znače da je cesija radi obezbjeđenja u stvari zalaganje potraživanja nego obrnuto, da je zalaganje potraživanja cesija. ... Činjenica da je, iako se radi o zalaganju, na cesionara u potpunosti preneseno potraživanje govori samo o tome da se radi o jednom fiducijarnom pravnom poslu koji, zbog rizika koji nosi, vjerovatno neće biti često korišten u svrhu osiguranja jednog potraživanja.»²⁴

Ideja o cesiji prava na založnog vjerovnika posljedica je analogije koja se vuče između založnog prava na pokretninama i založnog prava na pravima, pri čemu je arhetip potonjeg založno pravo na tražbini. Analogija se sastoji u predaji pokretnine u posjed, koji je nemoguć kod prava s obzirom na to da ona nemaju fizičku (materijalnu) manifestaciju. U tom smislu fiducijarni prijenos predstavlja svojevrsni ekvivalent tradiciji. Pored toga, prijenosom prava, koje je popraćeno notifikacijom, sprječava se dužnikovog dužnika da založenu tražbinu ispuni dužniku te time oteža vjerovnikovo namirenje.

Ove sličnosti mogu zamagliti neke ključne karakteristike založnog prava. Na primjer, prestankom osigurane tražbine, prestaje i založno pravo, dok kod

-
- literature ističe da tezu «prema kojoj se založno pravo zasniva poslom koji je po svojoj naravi fiducijarni prijenos (fiducijarna cesija) valja pomno preispitati. Naime, učinci fiducijarnog prijenosa svakog prava, pa i tražbine, bitno su različiti od onoga što je svojstveno institutu založnog prava. Prijenos radi osiguranja karakterizira to da stjecatelj prava stječe cjelokupnu pravnu poziciju prenositelja prava. U skladu s dogovorom koji postoji u unutarnjem odnosu između prenositelja i stjecatelja, potonji je ovlašten raspolagati pravom koje je stekao samo u skladu sa svrhom radi koje mu je pravo preneseno. To vezanje ovlasti na unutrašnji odnos s prenositeljem prava djeluje, međutim, samo obveznopravno a ne i stvarnopravno.» Miladin, P. i Markovinović, H., Založno pravo na pravu, 46 PuG 95, 106 (2007.) (bilješka ispuštena).
- 21 I N. Gavella ističe razlikovanje između unutarnjeg i vanjskog učinka cesije radi osiguranja, pri čemu je pravo preneseno samo radi osiguranja, pa je i nadalje „ostalo subjektivno pravo založnog dužnika” u odnosu između cedenta i cesionara, ali je prema trećima odnos takav da samo cesionar ima položaj titulara prava. Gavella, N., *et al.*, Stvarno pravo: 2. dio (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 404.
- 22 Miladin, P. i Markovinović, H., Založno pravo na pravu, 46 PuG 95, 107 (2007.).
- 23 Ne posve jasno v. i Gavella, N., *et al.*, Stvarno pravo: 2. dio (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 407: «Budući da je njemu [vjerovniku] prenijeta (ustupljena) tražbina radi osiguranja, on je sada vjerovnik te tražbine, pa je on taj koji ima pravo zahtijevati ... davanja Upravo zato da bi sve to mogle biti ovlasti i dužnosti založnog vjerovnika, u našem se suvremenom pravu osnivanje založnog prava na tražbini zbiva prijenosom te tražbine radi osiguranja i obavještanjem dužnika o tome. No, založnom vjerovniku je tražbina prenesena samo radi osiguranja - ona, a isto tako i kamate koje daje, kao i druga povremena davanja i druge koristi od nje, zapravo pripadaju onome čija je založena tražbina (založnom dužniku), dok založni vjerovnik ima samo založno pravo na tome.»
- 24 Denišlić, M., Odnos založnog prava na potraživanjima i cesije, 31 Godišnjak PFSa 37, 46 (1983.) (bilješka ispuštena).

cesije to načelno nije slučaj. Međutim, ako se i kod založnog prava traži povratna cesija, kako to ukazuje dio literature,²⁵ to bi bilo suprotno pravilu o akcesornosti i neposredno čl. 346. ZV-a. Praktično razlika nije toliko značajna, prvenstveno jer se u oba slučaja mora provesti dodatni akt, barem u vidu notifikacije dužnikovog dužnika (ako postoji) kako se prema njemu ne bi mogla ostvarivati prava založnog vjerovnika.²⁶ Pored toga, kada se radi o registarskom založnom pravu ostaje upis, pa je u svakom slučaju potrebno posebno dokazati prestanak.

Pa ipak, nakon ispunjenja kod založnog prava dolazi do realne subrogacije u založno pravo, a ne u fiducijarno vlasništvo na predmetu ispunjenja, s obzirom na to da ZV uređuje založno pravo kao temeljni oblik osiguranja. Razlika se može potražiti i utoliko što kod cesije cesus može istaknuti prigovor prijeboja ili neki osobni prigovor prema vjerovniku, dok kod založnog prava utemeljenog na konstitutivnom osnivanju to ne bi mogao učiniti. Pored činjenice da se prijeboj može isključiti ugovorom, niti u slučaju fiducijarnog prijenosa se prijeboj, međutim, ne bi mogao dopustiti ako osigurana tražbina nije dospjela, jer bi takvo postupanje bilo suprotno pravilima o namirenju fiducijarnog vjerovnika kao založnog vjerovnika.²⁷

Prilikom razmatranja odnosa fiducijarnog vlasništva i založnog prava, općenito treba imati u vidu da je razvoj ovih instituta izvan hrvatskoga prava vremenski dispartatne pojave. Fiducijarni prijenosi predstavljaju specifične varijacije običnih prijenosa, pri čemu se uspostavljanjem fiducijarnih obveza između stranaka nastoji ublažiti nepovoljan položaj dužnika koji je nastao praktički definitivnim prijenosom dijela svoje imovine, koji ne odgovara stvarnoj namjeri stranaka da osiguraju vjerovnikovu tražbinu. Založno pravo predstavlja već zrelu koncepciju sukladno kojoj ne dolazi do prijenosa prava na vjerovnika, već mu se podjeljuje ovlaštenje na namirenje. U hrvatskom pravu, situacija je različita. Fiducijarno osiguranje je nastalo nakon, ili u najbolju ruku istodobno s novom regulativom založnog prava, pri čemu je nesporno da se radi o ekvivalentnim institutima. Bitna svrha uvođenja fiducijarnog vlasništva bila je u tomu da se omogući alternativni put namirenja (prvenstveno na stvarima), koji iz doktrinarnih razloga, kao i odanosti tradiciji nije bio prihvatljiv kod založnog prava. Zbog toga što je izgrađeno zakonom, te što je izgrađeno na postojećem sustavu, fiducijarno osiguranje funkcionalno odgovara založnopravnom osiguranju. Tu, dakle, nije riječ, kao npr. u njemačkom i donekle francuskom pravu, o *praeter legem* razvoju jednog zakonodavcu možda odioznog instituta, već o zakonodavnom izboru uvjetovanom specifičnostima jednog tranzicijskog društva.

Ne treba, međutim, ispustiti iz vida da je ZV prilikom uređivanja založnog prava prihvatio funkcionalističku koncepciju, sukladno kojoj je založno pravo središnji institut stvarnopravnog osiguranja čije se odredbe barem supsidijarno primjenjuju na sve institute koji imaju funkciju osiguranja. To je izričito propisano

25 Gavella, N., *et al.*, Stvarno pravo: 2. dio, (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 409.

26 To je dužniku u interesu učiniti što prije u oba slučaja, iako je vjerovnikovo prijevarno postupanje nakon prestanka založnog prava krajnje nevjerojatno.

27 Čl. 337. st. 5. ZV-a u vezi s čl. 297. st. 2. ZV-a.

u čl. 297. st. 2. ZV-a i za prijenos (vlasništva i prava) radi osiguranja te za sve ostale oblike osiguranja. U nedostatku posebnih odredbi, primijenit će se odredbe o založnom pravu kao središnjem institutu stvarnopravnog osiguranja. Slijedom toga, odnos između založnopravnog i fiducijarnog osiguranja predstavlja jedan konfuzno obilježeni odnos kod kojeg je fiducijarna cesija istodobno uključena u založnopravno osiguranje, ali ostaje i kao izdvojeni institut na koji bi se podredno trebale primjenjivati odredbe o založnom pravu.

C. Odnos prema kupoprodaji

U poslovnoj praksi, posebice inozemnoj, cesija se često koristi kao mehanizam financiranja tekućim tražbinama kroz faktoring. Riječ je o kupoprodaji tražbina, redovito radi financiranja, koja se strukturira u različitim varijantama. U engleskoj poslovnoj praksi, koja je utjecala na ostale zemlje, razlikuju se oblici cesije ovisno o tome obavlja li se uz notifikaciju ili bez nje, o tome odgovara li klijent faktoru pored dužnika ili ne (*recourse i non-recourse factoring*), te ovisno o tomu cediraju li se sve tražbine odnosno tražbine određene kategorije (*whole turnover master agreement*) ili one koje faktor odobri (*facultative master agreement*).²⁸

Cijena odgovara iznosu tražbine umanjenom za određeni iznos provizije, pri čemu se u poslovnoj praksi redovito otvara faktorski račun s kojeg klijent ima pravo na povlačenje, do određenog dijela nominalnog iznosa prenesenih tražbina (zbog toga jer preostaje svojevrzni margin kao osiguranje),²⁹ koji se na održava na revolving principu ovisno o uplatama dužnika. Diskontiranje se obračunava ovisno o dnevnom saldu računa, što pokazuje da je riječ o kamati, ali englesko pravo uz odgovarajuću dokumentaciju ne prihvaća da se radi osiguranju, budući da je sudska praksa uspostavila standardne testove: o postojanju *equity of redemption* (za razliku do prava nazadkupa),³⁰ o odgovornosti za ostvareni višak, odnosno manjak (što je prisutno kod faktoringa uz bonitetnu odgovornost, ali bez utjecaja),³¹ te o razlikovanju diskonta od kamate.³²

28 V. općenito Goode, R., *Commercial law* (3. izd., LexisNexis UK/Penguin, London, 2004.), 744 et seq. Notifikacijski je faktoring evolucijski stariji, i uključuje obavještanje dužnika prenesene tražbine o prijenosu, pri čemu naplatu redovito vrši vjerovnik (*direct collection*), a moguće je ugovoriti da to čini i klijent kao zastupnik (*agency factoring*). Kod nenotifikacijskog faktoringa, klijent naplaćuje tražbine, i prinose drži u *trustu* za vjerovnika. Nenotifikacijski faktoring u pravilu je indirektni faktoring zbog toga jer dužnik nastavlja s naplatom tražbina, iako su one *de iure* cedirane. Klijent kontinuirano obavještava faktora o naplatama na dnevnoj ili tjednoj bazi, a same iznose drži na posebnom računu, odvojeno. V. Beale, H., *et al.*, *The Law of Personal Property Security* (Oxford University Press, Oxford, 2007.), 598.

29 Beale, H., *et al.*, *The Law of Personal Property Security* (Oxford University Press, Oxford, 2007.), 577.

30 *Manchester Sheffield & Lincolnshire Rly vo v. North Central Wagon Co* (1888) 13 App.Cas. 554.

31 *Olds Discount Co. Ltd. v. John Playfair Ltd.* [1938] 3 All ER 275; *Lloyds & Scottish Finance Ltd. v. Cyril Lord Carpets Sales Ltd.* [1992] BCLC 609; *Welsh Development Agency v. Export Finance Co Ltd*, [1992] BCC 270.

32 *Chow Yoong Hong v. Choong Fah Rubber Manufactory* [1962] AC 209 PC; *Lloyds &*

U hrvatskom pravu postoji donekle opasnost od primjene čl. 297. st. 2. ZV-a u tom smislu da se i na cesiju radi osiguranja primijene pretpostavke za osnivanje založnog prava, što bi dovelo do automatske rekarakterizacije svih fiducijarnih cesija u založno pravo. Takvo rješenje u sudskoj praksi nije prihvaćeno, ali jest potencijalno slabo mjesto postojećeg uređenja. Vjerojatnija je relativizacija pretpostavki za osnivanje založnog prava, konkretno notifikacije, što bi onda dovelo do mogućeg flotantnog fiducijarnog osiguranja.³³

U hrvatskoj je praksi faktoring razvijen, iako još uvijek relativno slabo.³⁴ Posao je klasičnog tipa, i obavlja se kao prodaja, redovito uz avansno plaćanje do maksimalno 90%.³⁵ Postoji uglavnom suglasnost da je riječ o ugovoru autonomnog trgovačkog prava koji se temelji na okvirnom predugovoru i posljedično sklopljenim glavnim ugovorima o otkupu tražbina,³⁶ uz notifikaciju dužnika (otvoreni faktoring). Tu, dakle, ne bi bilo riječi o fiducijarnoj cesiji, već o običnoj cesiji radi prodaje.

To, međutim, može biti sporno. Literatura³⁷ se protivi takvoj rekarakterizaciji, na temelju klasičnog razdvajanje prodaje i osiguranja, koje je, međutim, komparativnopravno nejasno, kao što to pokazuje, npr. američko pravo.³⁸ Posljedica primjene pravila o založnom pravu na ove oblike financiranja sastojale bi se u eventualnoj nevaljanosti osiguranja (ako bi npr. izostala notifikacija) i posljedičnih neočekivanih gubitaka, kao i u različitom tretmanu u stečaju.

Scottish Finance Ltd. v. Cyril Lord Carpets Sales Ltd. [1992] BCLC 609.

33 Slično njemačkom pravu, sve bi tražbine bile prenesene na vjerovnika radi osiguranja, iako bi odnos dužnika prema klijentima ostao faktično nepromijenjen sve do njegovog nastupa zakašnjenja.

34 Literatura je s ovim institutom upoznata već duže vrijeme, i pokušala je prilagoditi pravila engleskoga i njemačkoga prava na hrvatske propise. V. Gorenc, V., *Ugovor o factoringu* (Školska knjiga, Zagreb, 1988.). Podaci HANFA-e pokazuju da je na kraju 2011. bilo 17 faktoring društava, koja su ostvarila u 2011. godišnji volumen transakcija domaćeg faktoringa u iznosu od oko 5,2 milijardi kuna. V. <http://www.hanfa.hr/index.php?ID=0&LANG=HR&AKCIJA=10>

35 V. Tepšić, I., *Pravni aspekti factoringa*, u: *Zaštita vjerovnika: financijski, pravni i porezni aspekti*, (Josipović, T. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2007.), 71. Vidi i objašnjenja na mrežnim stranicama pojedinih faktoring društava, npr. Erste Factoring, <http://www.erste-factoring.hr>; PBZ Faktoring, <http://faktoring.pbz.hr>; Prvi faktor, <http://www.prvifaktor.hr>

36 *Ibid.*, 66.

37 *Ibid.*, 75. navodi da svota novca stavljena na raspolaganje «pravno gledajući nije svota kredita, iako ekonomski može tako izgledati. Factor ne očekuje njen povrat od klijenta pa čak ni onda kada se radi o nepravom factoringu. Factor vjeruje da će se naplatom stečene tražbine naplatiti od dužnika.»

38 V. § 9-109(a)(3) UCC. Plank, T. E., *The True Sale of Loans and the Role of Recourse*, 14 *George Mason University Law Review*, 305 (1991.); Aicher, R. D. i Fellerhoff, W. J., *Characterization of a Transfer of Receivables as a Sale or a Secured Loan Upon Bankruptcy of the Transferor*, 65 *Am. Bankr. LJ* 181, 207 (1991.).

III. METODE OSNIVANJA FIDUCIJARNOG OSIGURANJA NA PRAVU

A. Osnivanje po ovršnopравnim pravilima

1. Opseg osiguranja

Fiducijarno vlasništvo uređeno je prvenstveno odredbama Ovršnog zakona o tom institutu³⁹ po kojem se ono može osnovati kao sudsko⁴⁰ ili javnobilježničko⁴¹ osiguranje, pri čemu u praksi postoji gotovo isključivo javnobilježničko osiguranje.⁴² Fiducijarno osiguranje ovršnopравno osniva se na temelju posebnog sporazuma,⁴³ s učincima sudske nagodbe.⁴⁴ To, naravno, daje ovom osiguranju posebnu snagu povezanu s činjenicom da je riječ o visoko formaliziranom i skupom pravnom poslu.

Kao i kod založnog prava, osigurati se mogu u svim slučajevima određena ili određiva novčane tražbine i nenovčane tražbine za koje je sporazumno utvrđena novčana protuvrijednost.⁴⁵ Za to je potrebno da je poznat barem dužnik, vjerovnik, pravni temelj i visina tražbine,⁴⁶ odnosno okvirni iznos osiguranja ako je riječ o budućoj tražbini iz jednog ili više pravnih odnosa između vjerovnika i dužnika, ako su vjerovnik ili treća osoba ovlašteni naknadno odrediti visinu tražbine nastale do toga okvirnoga iznosa i vrijeme njezine dospelosti.⁴⁷ Današnje rješenje u OZ-u (1996) kod založnog prava posljedica je izmjene iz 1999.,⁴⁸ koja je otklonila problematično rješenje sukladno kojem je tražbina morala biti egzistentna da bi se osigurala založnim pravom, što je onemogućavalo osiguranje okvirnih i revolving kredita.⁴⁹ Ovo je značajno jer je u tom segmentu postojala razlika između založnopравnog i fiducijarnog osiguranja, pri čemu je fiducijarno osiguranje bilo prilagođenije svakodnevnim potrebama. Danas, međutim, nema te razlike, iako OZ (1996) predviđa kod fiducijarnog osiguranja da stranke mogu odrediti i koji drugi način (osim putem vjerovnika) određivanja visine tražbine i njezine dospelosti.⁵⁰

39 V. čl. 273ff. OZ (1996); čl. 278ff. OZ (2010)

40 Čl. 274ff. OZ (1996); čl. 279ff. OZ (2010)

41 Čl. 279. OZ (1996).

42 Tako i Jelčić, O., Prava i mjere koji se upisuju u Upisnik sudskih javnobilježničkih osiguranja - učinak upisa prema strankama i trećima, u: Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina na pokretninama i pravima - radni materijal, (Grubić, V. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2005.), 17.

43 Čl. 274. OZ (1996); čl. 279. OZ (2010).

44 Čl. 274. st. 4. OZ (1996); čl. 279. st. 4. OZ (2010).

45 Čl. 274. st. 3. OZ (1996); čl. 279. st. 3. OZ (2010).

46 Čl. 301. st. 1. ZV.

47 Čl. 263a. OZ (1996), čl. 274a. OZ (1996); čl. 268., čl. 280. OZ (2010).

48 Čl. 5. ZIDOZ (NN 29/99).

49 V. Dika, M., Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 750.

50 Čl. 274.a st. 3. OZ (1996). V. *Ibid.* koji navodi kao primjer odluke banaka o visini kamatne stope ili neke druge objektivizirane kriterije.

Razlika se inače opravdavala neakcesornošću fiducijarnog prijenosa.⁵¹ U hrvatskom pravu ovo je posebno sporno, jer funkcionalna odredba čl. 297. st. 2. ZV-a upućuje da su oba osiguranja akcesorna. To je pitanje povezano, s jedne strane, s opsegom osigurane tražbine (tj. je li moguće osigurati buduće tražbine), te s druge, s retroaktivnim računanjem prioriteta. Dakle, riječ je samo o nekim aspektima akcesornosti koji više nisu odlučni ni kod založnog prava. Opravdanje je traženo i u činjenici da kod fiducijarnog osiguranja svrha osiguranja nije u pribavljanju ovršne isprave na temelju koje bi se kasnije provela ovrha, budući da se namirenje provodi izvansudski.⁵² To je, međutim, praktično sporno, zbog toga jer je sporazum isprava s učincima sudske nagodbe, dakle ovršna isprava.⁵³

U ovom kontekstu treba spomenuti i to da OZ (1996) načelno predviđa mogućnost da stranke ugovore da preneseno pravo posluži kao osiguranje i za neku drugu tražbinu predlagatelja osiguranja prema protivniku osiguranja.⁵⁴ Citirana zakonska odredba ima općenitu formulaciju koja nije ograničena po objektu, tako da se odnosi na sve vrste stvari, ali je taj zaključak doveden u pitanje stavcima 2. i 3. istoga članka koji isključivo govore o nekretnini. To samo po sebi ne bi bilo problematično, da te odredbe ne propisuju upis zabilježbe o tomu u zemljišnu knjigu⁵⁵ te pravilo o računanju prvenstvenog reda,⁵⁶ dok istovremeno te odredbe nedostaju za postupanje u pogledu Upisnika.⁵⁷ Upisnik nije javni registar vlasništva

51 V. Barbić, J., Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava, u: Novo ovršno i stečajno pravo, (Zagreb, 1996.), 80. koji navodi da fiducijarno vlasništvo "nije ovisno o osiguranoj tražbini, za vlasništvo stečeno u svrhu osiguranja, odnosno za prijenos prava u istu svrhu nije bitno je li tražbina već nastala, hoće li ona uopće nastati, je li ništava ili je valjana pobijena, je li prestala ispunjenjem ili na neki drugi način." Slično i Čulinović - Herc, E., Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika (dokt. dis.) (Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 1996.), 64. V. i osudnu sudsku praksu: ŽS Zagreb, Gž 6838/01 (9. 4. 2002) cit. Jelčić, O., Fiducijarno vlasništvo u hrvatskom pravu, 24 Zb. PFR 337 (2003.), bilj. 15. Takvo je stajalište poduprto njemačkom literaturom, koja tradicionalno odriče akcesornost kod *Sicherungsübereignung*, odnosno *Sicherungsabtretung*, te argumentacijom sukladno kojoj bi eventualna akcesornost u vidu suspenzivnog ugovaranja prijenosa bila pravno nesigurna zbog toga jer bi dovela u pitanje osiguranje budućih tražbina, odnosno uspostavu okvirnog osiguranja.

52 Dika, M., Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 790.

53 Čl. 274. st. 4. OZ (1996); čl. 279. st. 4. OZ (2010).

54 Čl. 274.d OZ (1996); čl. 283. OZ (2010).

55 Čl. 274.d st. 2. OZ (1996); čl. 283. st. 2. OZ (2010).

56 Čl. 274.d st. 3. OZ (1996); čl. 283. st. 3. OZ (2010).

57 Literatura navodi da je "[ratio] mogućnosti sklapanja naknadnoga sporazuma o osiguranju ... u tome da se strankama pruži prilika da isti predmet fiducijarnoga osiguranja iskoriste radi osiguranja i drugih već egzistentnih tražbina ili tražbina koje bi mogle nastati nakon sklapanja prvotnog sporazuma o takvu osiguranju. Tako bi se stranke mogle sporazumjeti da se naknadnim sporazumom fiducijarno osigura tražbina predlagatelja osiguranja koja je već osigurana na nekom drugom predmetu osiguranja, uz oslobođenje toga drugog predmeta osiguranja od postojećeg osiguranja, što bi protivniku osiguranja omogućilo da tim predmetom osiguranja slobodno raspolaže. Stranke bi se mogle sporazumjeti i da se na istom

koji podrazumijeva sveobuhvatno upisivanje stvarnih prava i drugih pravno-relevantnih činjenica kao što je to zemljišna knjiga ili registri plovni objekata ili letjelica. Zbog toga je dvojbeno je li moguće primijeniti odredbe općih propisa koje se primjenjuju na registrirane objekte, te postoji li, usprkos odredbi čl. 278. st. 4. OZ (1996), mogućnost da se na prava primijene odredbe o naknadnom sporazumu o osiguranju. To, međutim, ne predstavlja ozbiljan praktični problem. S obzirom na to da je u opisanim slučajevima uvijek riječ o istom vjerovniku, te uzevši u obzir da je moguće osigurati i buduće slabo određene tražbine, nije za očekivati da bi ova odredba imala opsežnu praktičnu primjenu.

Nešto manje jasnije pitanje je ono koje se odnosi na mogućnost osiguranja budućim tražbinama i njihovim određenjem. Kod založnog prava ovaj je problem posljedica interpretacije pravila o specijalitetu objekta. Kod fiducijarnog osiguranja, pitanje se više tiče mogućnosti cesije budućih tražbina, odnosno prijenosa inegzistentnog prava. Nesporno je da se može prenijeti samo ono što subjekt prijenosa ima u svojoj imovini. Slijedom toga, cesija prava kojeg nema cedent ne proizvodi trenutkom cesije pravni učinak. Međutim, kada cedent stekne pravo koje se može kvalificirati određenjem iz ranije cesije, nema više zapreke da cesija proizvede učinak neovisno o tomu što je riječ o ugovoru sklopljenom prije nastanka, odnosno stjecanja objekta tog prijenosa.⁵⁸ Cesija nastupa čim tražbina nastane, što otvara prostor za situaciju sličnu globalnoj cesiji u njemačkom pravu.

Problem određenosti objekta prijenosa prisutan je jer strogo tumačenje zahtijeva da su poznati osoba dužnika, visina i pravni temelj tražbine koja se cedira, što je gotovo nemoguće u kompleksnom suvremenom poslovnom okruženju. U kontekstu postojećih pravila ZU-a,⁵⁹ pitanje se svodi na registrabilnost, budući da je registracija načelno obvezatna.⁶⁰ ZU, prilikom definiranja sadržaja uloška navodi da se u dijelu B upisuju pojedini predmeti osiguranja, opisani «na način na koji su pojedinačno naznačeni u ispravi».⁶¹ Sukladno Pravilniku o Upisniku⁶² prava se, kao i pokretnine, upisuju s podacima njihovog opisa što uključuje naziv, vrstu, s identifikacijskim oznakama kako su navedeni u ispravi na temelju koje se vrši upis ili s podacima i na način kako se vode u nekoj javnoj knjizi.⁶³ To implicira visoki stupanj određenosti, i u skladu je s domaćom restriktivnom praksom. Primjerice,

predmetu fiducijarno naknadno osigura novi kredit banke ... odobren nakon što je kredit radi osiguranja kojega je osiguranje stečeno dijelom otplaćen itd.” Dika, M., *Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo* (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 795.

58 U njemačkom pravu, štoviše, uglavnom je prihvaćena interpretacija direktnog stjecanja cesionara, bez da je tražbina postala dio imovine cedenta, što može biti značajno u slučaju naknadnog otvaranja stečajnog postupka. V. Bülow, P., *Recht der Kreditsicherheiten: Sachen, Rechte, Personen* (7. izd., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007.), 491

59 Zakon o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima NN 121/06, dalje ZU.

60 O obvezatnosti v. više *infra*.

61 Čl. 12. st. 3. ZU.

62 Pravilnik o obliku i sadržaju upisnika te unutarnjem ustrojstvu i radu službe upisa (NN 77/06).

63 Čl. 16. st. 1. cit. Pravilnika.

buduća motorna vozila u salonu i budući urod uskladišten u silosu nije prikladan za upis prema praksi FINA-e.⁶⁴ Sličnu praksu imala je i bivša SDA u slučajevima zalaganja budućih dionica na temelju sporazuma o osiguranju i DEP-TER naloga,⁶⁵ pri čemu nalog nije sadržavao točnu oznaku papira, već uglavak o zalaganju svih budućih dionica, što je depozitorij ocijenio kao nedostatno određeno.

Usprkos navedenom, restriktivna interpretacija određenosti nije niti prihvatljiva niti korisna, pogotovo ako se želi omogućiti razvoj kompleksnijih obrazaca financiranja. Inozemni pravni sustavi su to dokazali, kao što je npr. francusko pravo koje je uvelo Daillyjevu cesiju⁶⁶ ili njemačko pravo koje je u sudskoj praksi prihvatilo labaviju interpretaciju.⁶⁷ O toj interpretaciji uvelike ovise mogućnosti financiranja malih i srednjih poduzeća, pa tako i likvidnost u gospodarstvu (čija je društveno-ekonomska vrijednost nesporna).

2. Obvezatnost i neobvezatnost registracije i notifikacije

Učinci sporazuma u pogledu stjecanja prava u određenim slučajevima mogu biti sporni. Prema tekstu OZ (1996), smatrat će se da je prijenos prava obavljen potpisivanjem sporazuma⁶⁸ uz iznimku predviđenu za nematerijalizirane vrijednosne papire,⁶⁹ ali je nakon stupanja na snagu ZU-a ta odredba derogirana (premda nije brisana), jer je suprotna pravilu o konstitutivnim učincima upisa u Upisnik⁷⁰ i s obzirom na prijelaznu odredbu o tomu.⁷¹ U prilog tvrdnji da su navedene odredbe derogirane govori i rješenje novog OZ (2010), koji je u bitnome zadržao rješenje iz OZ (1996), ali je u čl. 282. ispustio dijelove ranije odredbe o pokretninama i pravima (usprkos nedogovarajućem podnaslovu).

Konstitutivni učinci upisa u Upisnik, međutim, sukobljavaju se s drugim pravilima građanskog prava. Naime, obična fiducijarna cesija po ZOO-u perfektna je sporazumom, neovisno o registraciji.⁷² U situaciji u kojoj stranke propuste re-

64 Mičetić, Z., Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina na pokretninama i pravima, u: Registar sudskih i javnobilježničkih osiguranja - aktualna pitanja u vezi s pretpostavkama i pravnim učincima upisa u javnu knjigu te namirenjem osigurane tražbine, (Jelčić, O. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2008.), 7.

65 Danas v. čl. 191. Upute SKDD od 4. svibnja 2010.

66 Loi n°81-1 du 2 janvier 1981 dite Dailly facilitant le credit aux entreprises. V. Legeais, D., Droit commercial et des affaires (16. izd., Armand Colin, Paris, 2005.), 383.

67 V. Reinicke, D. i Tiedtke, K., Kreditsicherung (5. izd., Luchterhand, Neuwied, 2006.), 264.

68 Čl. 274.c st. 3. OZ (1996).

69 Čl. 274.c st. 4. OZ (1996).

70 V. čl. 18. st. 1. ZU koji također koristi formulaciju presumpcije o trenutku prijena. U sukobu ove dvije presumpcije, proizlazi derogacija ranijeg propisa, tj. OZ (1996).

71 V. čl. 43. st. 3. ZU. Odredba je donekle sporna zbog toga jer se poziva na st. 2. istog članka koji govori o mogućnosti da stranke zatraže upis u Upisnik, dakle, implicirajući da se radi o njihovom pravu, ali i ne i dužnosti. To otvara problem u slučajevima u kojima stranke namjerno upis ne traže. S druge strane, st. 1. istog članka navodi da sporazum treba sadržavati izjavu protivnika osiguranja o tome da je suglasan da se neposredno na temelju sporazuma može u Upisniku obaviti taj prijenos, iz čega se može zaključiti da je upis oblatoran.

72 Čl. 80. i 85. ZOO.

gistraciju, pitanje je, je li došlo do cesije ili nije. Argumentacija protiv, utemeljena na ZU, bila bi opravdana, ali bi se teško mogla suprotstaviti argumentu da je došlo do valjane cesije bez posebnih učinaka po OZ-u.⁷³ Tomu svakako ne pridonosi niti spomenuta formulacija iz čl. 18. ZU-a koja govori o presumpciji trenutka prijenesa. Iz toga bi se moglo tumačiti da kada je registracija obavljena, smatrat će se da je prijenos obavljen trenutkom podnošenja prijedloga, dok u ostalim slučajevima ta presumpcija nije primjenjiva, pa primjenom općih pravila ZOO-a kao trenutak prijenesa vrijedi trenutak sklapanja sporazuma.

Problem je posljedica strožeg posebnog uređenja u odnosu na opće, bez da se istodobno odredi posebna regulacija prema općem režimu. Premda nesporno vrijedi *lex specialis*, to pravilo ne rješava adekvatno posljedice i odnose koji bi nastali onda kada bi stranke ugovorile običnu fiducijarnu cesiju. Zbog toga bi bolje rješenje bilo ono koje bi proširilo obvezu registracije i na fiducijarne cesije sklopljene po općem propisu, čime bi se uspostavila jasnija pravila o prvenstvenom redu.

Drugo je pitanje notifikacije. Pravila ovršnog prava ne govore o notifikaciji, već jedino o objavljivanju oglasa u Narodnim novinama⁷⁴ i to samo prije stupanja na snagu ZU-a.⁷⁵ Međutim, po općim pravilima ZOO-a, notifikacija je potrebna,⁷⁶ usprkos tomu što u slučaju da nje nema, cesija ostaje valjana. Literatura drži da notifikacija nije pretpostavka pravnih učinaka cesije na temelju čl. 80. st. 1. ZOO-a.⁷⁷ Nevisno o tome, notifikacija jest zakonska dužnost cedenta, s obzirom na opće pravilo iz čl. 82. st. 1. ZOO-a sukladno kojoj je cedent „dužan obavijestiti dužnika o ustupanju”. Primjena tog pravila zahtijevala bi notifikaciju dužnika u svim slučajevima, što se može pokazati komplicirano i otegotno. Sličan zaključak dobiva se i podrednom primjenom pravila o založnom pravu po čl. 297. st. 2. ZV-a, tj. pravila o notifikaciji kao elementu zasnivanja založnog prava na tražbini.⁷⁸

73 Odredbe OZ-a prvenstveno su osmišljene za pokretnine, kod kojih ne postoji ovaj problem jer se redovito radi o bezposjedovnom osiguranju, koje opći propis (ZV) ne prihvata.

74 Čl. 274.c st. 5. OZ (1996).

75 V. čl. 43. st. 5. ZU.

76 V. čl. 82. ZOO.

77 Markovinić, H., Ugovor o cesiji (dokt. dis.) (Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 2005.), 21, 195. To shvaćanje može biti praktično sporno (iako se autori ne zalažu za suprotno tumačenje). Članak 80. ZOO govori o tome „koje se tražbine mogu prenijeti ugovorom”, a ne o učincima cesije. Pored toga, čl. 80. st. 1. ZOO samo navodi da „vjerovnik može ugovorom ... prenijeti”, a ne i da ne postoje neke dodatne pretpostavke. U tom kontekstu čl. 82. st. 1. ZOO-a moguće dodaje notifikaciju kao pretpostavku stavljajući u opreku pristanak dužnika (koji nije potreban) i notifikaciju (koja to jest). Isto proizlazi i iz odnosa više ustupanja, čiji se prioritet određuje prema notifikaciji. V. *ibid.*, navodeći da je u romanskim sustavima u kojima je notifikacija konstitutivna logično pravilo o notifikaciji kao kriteriju kod višestrukog ustupanja. Ovakvo je uređenje u skladu s francuskim pravom (Art. 1690. CC), u kojem je cesija kritizirana kao nefleksibilan institut, i zbog čega je inicijalno razvijena Daillyjeva cesija, a u konačnici i zbog kojeg su izmijenjena pravila o nantismanu u Livre IV CC. U oskudnoj domaćoj sudskoj praksi prihvaćeno je da nedostatak notifikacije ne utječe na valjanost cesije, ali samo u kontekstu prigovora cesusa protiv cesionarevog zahtjeva za isplatom. VSRH, Revt-36/03 od 18. veljače 2004; VSRH, Rev-1559/01 od 12. rujna 2001.

78 Čl. 310. st. 1. ZV.

Posljedice obligatornosti notifikacije su višeznačne. Kao prvo, notifikacija može u mnogim slučajevima biti neželjena za dužnika, zbog toga jer je zalaganje tražbina tradicionalno povezano s lošim bonitetom subjekta. Kao drugo, odnos između cedenta i cesionara može biti takav da je cesionar ovlastio cedenta da i neovisno o cesiji naplaćuje tražbinu za račun cesionara. Iz odredbi OZ (1996) o posebnim dužnostima predlagatelja osiguranja u odnosu na prenesenu tražbinu, koje se poklapaju s dužnostima založnog vjerovnika proizlazi da je potrebna notifikacija, jer je dužan sam obaviti naplate.⁷⁹ Karakter je ovih odredbi, međutim, dispozitivan.⁸⁰ Tek u slučaju da dođe do poremećenog poslovanja, odnosno kašnjenja u otplati, cesionar će iskoristiti svoje osiguranje i otkriti stvarne odnose koji postoje. Kod založene tražbine prema pravilima ZV-a to je gotovo nemoguće zbog toga jer se dužnik obavještava o založnom ugovoru, pri čemu on više ne može s oslobađajućim učinkom ispuniti obvezu ignorirajući tu promjenu. Založnom dužniku tražbina se ne može više valjano ispuniti.⁸¹ Ista situacija postoji i kod prisilnog založnog prava, kod kojeg je tražbina zaplijenjena, a po uzoru na koje je izgrađen institut dobrovoljnog sudskog i javnobilježničkog založnog prava. Fiducijarna cesija bi ovdje, kao i u npr. njemačkom i francuskom pravu, imala zato prednost da notifikacija izostaje, ako tako stranke odluče, samo kada bi se otkonila interpretacija o obligatornosti notifikacije.

Kod registrirane fiducije pitanje je od praktične važnosti utoliko što je upitno treba li služba upisa provjeravati je li obavljena notifikacije ili ne. S obzirom na to da to nije pretpostavka za upis, po našem mišljenju to nije niti potrebno niti korisno. Sličan problem postoji i kod registriranog založnog prava.⁸² U svim je ovim slučajevima prijenos publiciran, a da se istodobno presumira da je sadržaj upisnika svima poznat.⁸³ Ako bi se prihvatilo da upis djeluje kao notifikacija, to rezultira apsurdnim obvezama dužnika: svaki dužnik morao bi prije isplate posebno istraživati je li u međuvremenu proveden upis nečijeg fiducijarnog prijenosa tražbine, što je očito ne samo nemoguće, nego krajnje neučinkovito rješenje. Slijedom toga, nije za očekivati da bi sudska praksa prihvatila bez daljnjega obvezu pregleda registra, odnosno dužnika označila kao *mala fide* ako je ispunio cedentu usprkos registraciji.

79 Čl. 274.j st. 1. OZ (1996), čl. 289. st. 1. OZ (2010).

80 Čl. 274.j st. 1. OZ (1996), čl. 289. st. 1 OZ (2010).

81 Ali v. Miladin, P. i Markovinović, H., Založno pravo na pravu, 46 PuG 95, 113, 129 (2007.).

82 V. Dika, M., Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 757 koji smatra da bi trebalo obavijestiti dužnikovog dužnika da bi se izbjeglo njegovo eventualno plaćanje tražbine dužniku. To je, međutim, sporno u kontekstu odrebe čl. 17. st. 1. ZU-a.

83 Čl. 21. st. 4. ZU.

B. Osnivanje po obveznopравnim pravilima

Po ZOO-u, fiducijarna cesija predstavlja poseban oblik obične cesije i ne pokazuje osobitosti u pogledu formalnosti osnivanja. Slijedom toga, za perfektnost cesije radi osiguranja dostatan je ugovor između cedenta i cesionara. S obzirom na nedostatak posebnih pravila obveznog prava, opravdana je primjena pravila o založnopравnom osiguranju i na ovu vrstu osiguranja.⁸⁴

To otvara slične probleme o kojima je već bilo riječi, ali ovdje bez uporišta u posebnim pravilima ovršnopравnog osiguranja. S jedne strane, postavljaju se pitanja opsega osiguranja, među kojima je najspornije ono koje se odnosi na mogućnost prijenosa budućih tražbina na vjerovnika. Problem osiguranja budućih tražbina nije toliko izražen, zbog toga jer niti ZV nema restriktivan pristup.⁸⁵ Mogućnost prijenosa budućih tražbina, uključujući onih koje su određene masovno (globalno) poznato je i u hrvatskoj literaturi, uglavnom po uzoru na njemačko pravo.⁸⁶ Takvu mogućnost ne bi trebalo odricati niti podrednom primjenom pravila o založnom pravu, zbog toga jer to pravilo traži određenost, koja je zadovoljena ako se razumno može zaključiti o tome koja je tražbina prenesena, a koja nije. Određenost je pitanje pravne sigurnosti utoliko da se prilikom namirenja može identificirati što kome pripada, a ne zato da bi se ograničio opseg osiguranja. Od navedenog, međutim, treba razlikovati buduću cesiju tražbina, do koje dolazi tek naknadnim sporazumom, što je čest slučaj ako se prvo ugovara okvirni posao, a sama cesija slijedi po ponudi konkretnih tražbina.⁸⁷

S druge strane, i ovdje se postavlja pitanje notifikacije. Razlika u *causi* cesije ne odražava se u ZOO na modalitet osnivanja, što je svojevrsni sustavni problem zbog toga jer je sustav stvarnopравnog osiguranja donekle utemeljen na načelu publiciteta. Ono se u ZV odražava u pravilu da se založno pravo osniva cesijom radi osiguranja i notifikacijom,⁸⁸ kao i u samome ZU, ali ZOO ne tretira ovaj problem. Podredna primjena pravila o založnom pravu na druge oblike stvarnopравnog osiguranja⁸⁹ zahtijevala bi da se kod fiducijarne cesije također obavi notifikacija, ali je takvo tumačenje problematično iz istog razloga zbog kojeg je problematična i sama odredba kod založnog prava (tj. zbog upitnosti sankcije). Jedino kada bi se tumačilo da je notifikacija uvijek nužna pretpostavka cesije moglo bi se osigurati potpuno poštovanje ovog pravila, ali je ta interpretacija neusklađena sa suvremenim trendovima razvoja pravila o cesiji.

84 Čl. 297. st. 2. ZV.

85 Čl. 301. st. 1. i 2. ZV.

86 Gorenc, V., Ugovor o faktoringu, Računovodstvo i financije, br. 9, 2007., str. 129., 130.

87 U njemačkom pravu v. npr. Bülow, P., Recht der Kreditsicherheiten: Sachen, Rechte, Personen (7. izd., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007.), 481.

88 V. čl. 310. ZV.

89 Čl. 297. st. 2. ZV.

C. Osnivanje fiducijarnog financijskog osiguranja

ZFO, implementirajući Direktivu o financijskom osiguranju⁹⁰ uređuje osim hibridnog založnog prava i fiducijarni prijenos prava iz instrumenta osiguranja prenesenih s davatelja na primatelja instrumenta osiguranja.⁹¹ Ovo osiguranje razvijeno je neposredno radi harmonizacije s *aquis communautaire* EU-a, a u širem kontekstu radi osiguranja likvidnosti i smanjenja sistemskog rizika.

ZFO definira ugovor o financijskom osiguranju fiducijarnog tipa kao ugovor kojim se obvezuje davatelj instrumenta osiguranja, radi osiguranja ispunjenja svoje ili tuđe određene financijske obveze, prenijeti na primatelja određen instrument osiguranja pod uvjetima utvrđenima ugovorom, okvirnim ugovorom ili općim uvjetima poslovanja. Primatelj tog instrumenta osiguranja obvezuje se u skladu s ugovorenim uvjetima, ZFO, ili drugim propisima, taj ili ekvivalentni instrument osiguranja vratiti davatelju. Pritom može biti utvrđeno i pravo primatelja određenog instrumenta osiguranja da uslijed smanjenja vrijednosti tog instrumenta osiguranja zatraži dodatni ili zamjenski instrument osiguranja, odnosno pravo davatelja određenog instrumenta osiguranja da uslijed porasta njegove vrijednosti zatraži povrat odgovarajućeg iznosa određenog instrumenta osiguranja.⁹² Istaknuto je da su prava iz instrumenta osiguranja prenesena s davatelja na primatelja instrumenta osiguranja, što uključuje i ugovore o povratnoj kupnji, odnosno ugovore o obratnoj povratnoj kupnji.⁹³

Osobitost ovog osiguranja u osnivanju očituje se utoliko što se inzistira na neformalnosti, tj. za valjanost se ne može tražiti više od pisanog dokaza o sklapanju, odnosno isporuci ili stjecanju.⁹⁴ Nakon izmjena FCD-a iz 2009. koje još nisu implementirane u domaćem pravu, za dokazivanje financijskog osiguranja, ako se radi o kreditnim tražbinama, dovoljan je pisani dokaz o tome o kojoj je tražbini riječ (lista).⁹⁵ Isporuka ili stjecanje instrumenta osiguranja definirani su kao sve radnje, uključujući i isporuku zamjenskog ili dopunskog instrumenta osiguranja te povrata viška instrumenta osiguranja, kojima se na temelju ugovora o financijskom osiguranju prenosi instrument osiguranja s davatelja na primatelja instrumenta osiguranja, pri čemu se instrument osiguranja smatra isporučenim, odnosno stečenim onda kada prijenos instrumenta osiguranja na njemu bude zabilježen na odgovarajućem računu u registru u kojemu se vode financijski instrumenti, odnosno

90 2002/47/EC, OJ L 168, 27. 6. 2002, 43; dalje: FCD (od eng. *Financial Collateral Directive*)

91 Čl. 2. t. 7. ZFO.

92 Čl. 2. st. 1. t. 2. ZFO.

93 Čl. 2. st. 1. t. 7. ZFO. Repo poslovi jednostavni su poslovi čija je temeljna svrha dobivanje gotovinskog (*cash*) novca, što se ostvaruje u zamjenu za vrijednosne papire koji se prodaju kupcu uz obvezu nazadkupnje (tj. pravo nazadprodaje). Redovito se radi o kratkoročnim ugovorima, koji su često unutardnevni (*intra-day*) i prekonoćni (*overnight*). U privatnom sektoru, repo poslovi instrumenti su kojima se pokrivaju *short* pozicije, olakšava namira, te služe za *hedging* ili špekulativne svrhe.

94 Čl. 4. ZFO.

95 Čl. 1. st. 5. FCD.

na odgovarajućem novčanom računu (ako je riječ o novčanim sredstvima).⁹⁶ Ovdje nisu primjenjiva pravila ZU-a o registraciji, niti u slučajevima sudskog ili javnobilježničkog osiguranja, ako je riječ o nematerijalizirnim dionicama, budući da su one izvan okvira registrabilnosti po čl. 6. ZU-a. Isto vrijedi i za novčana sredstva zbog toga što se fiducijarni prijenos sredstava po prirodi stvari ne može registrirati (u Upisniku). On se mora obaviti, a suprotno bi značilo da su sredstva prenesena prijenosom u Upisnik, bez faktične promjene po računu.

IV. PRAVNI POLOŽAJ STRANA TIJEKOM TRAJANJA OSIGURANJA

A. Izvršavanje fiducijarno prenesenog prava

Jedan od ključnih problem sustava fiducijarnog osiguranja odnosi se upravo na odnose koji postoje tijekom trajanja osiguranja. S obzirom na to da je riječ o prijenosu prava, vjerovnik postaje titular prava pa ga je zbog toga ovlašten izvršavati. Istovremeno, međutim, nesporno je da je pravo preneseno samo radi osiguranja, tj. da je svrha prijenosa u tome da se vjerovniku omogući izvršavanje toga prava samo u slučaju dužnikovog zakašnjenja. Nasuprot vjerovnikovom pravu, stoji i njegova obveza da vrati, tj. povratno prenese pravo na fiducijarnog dužnika.⁹⁷

OZ (1996) u čl. 274.e prati ovu ideju, navodeći da je protivnik osiguranja ovlašten i dalje vršiti pravo koje je preneseno na predlagatelja osiguranja.⁹⁸ Strane mogu i drukčije ugovoriti, predviđajući da predlagatelj osiguranja vrši preneseno pravo,⁹⁹ ali se u takvom sporazumu mora utvrditi način na koji će predlagatelj osiguranja to činiti i kako će se obračunavati koristi koje će od toga imati. Istodobno se navodi i pravilo o prijeboju s troškovima, kamatama i glavnicom (tim redoslijedom), ako drukčije nije ugovoreno.¹⁰⁰

Posebno je pravilo predviđeno kod nematerijaliziranih dionica te udjela i poslovnih udjela u trgovačkom društvu utoliko što prijenosom tih papira radi osiguranja sve do stjecanja punopravnog prava ili njihove prodaje, prenositelj ne gubi pravo glasa, ni pravo sudjelovanja u dobiti.¹⁰¹ Ova je odredba dispozitivne naravi, prema izričitom tekstu čl. 278. st. OZ (1996).

Donekle suprotno citiranim pravilima, OZ (1996) za tražbine predviđa posebno pravilo po kojem je predlagatelj osiguranja dužan naplaćivati kamate ili kakve druge

96 Čl. 2. st. 1. t. 10. ZFO.

97 Čl. 277.a OZ (1996) propisuje pravo fiducijarnog dužnika da mu bude vraćeno preneseno pravo ako u roku ispuni svoju obvezu kao i onda ako osigurana tražbina prestane na koji dugi način.

98 Čl. 274.e st. 1. OZ (1996); čl. 284. st. 1. OZ (2010).

99 Čl. 274.e st. 2. OZ (1996); čl. 284. st. 2. OZ (2010).

100 Čl. 274.e st. 3. OZ (1996); čl. 284. st. 3. OZ (2010).

101 Čl. 278. st. 3. OZ (1996); čl. 295. st. 3. OZ (2010).

povremene tražbine,¹⁰² naplatiti tu tražbinu, odnosno primiti njezino ispunjenje kada dospije¹⁰³ te poduzimati druge mjere potrebne radi očuvanja prenesene tražbine.¹⁰⁴

Posljedice ispunjenja cedirane tražbine su različite, ovisno o tome je li osigurana tražbina već dospjela ili nije. Ako osigurana tražbina još nije dospjela, vjerovnik može zadržati naplaćeni iznos, osim ako dužnik ne zahtijeva da isti položi kod suda ili javnog bilježnika.¹⁰⁵ U odnosu na tako naplaćeni iznos ne može nastupiti prijeboj jer nema dospjele protutražbine dužnika (na povrat sredstva osiguranja). Vjerovnik faktično može raspolagati primljenim sredstvima, anticipirajući prijeboj, ali mora voditi računa o odnosu osigurane tražbine (zajedno s kamatama i troškovima), ali i o kamati koju je dužan obračunati za korist dužnika u razdoblju između isplate i prijeboja. Prijeboj bi nastupio odmah po dospeljeću osigurane tražbine, ako bi istodobno dospjela i dužnikova protutražbina, što, međutim, nije slučaj. Taj je problem posljedica činjenice da OZ ne predviđa (kao npr. ZFO) istodobno dospeljeće i obračun. Slijedom toga, ako se prihvati da se radi o prijeboju,¹⁰⁶ onda se mora prihvatiti i to da se radi o prijeboju dospjele i nedospjele tražbine.

Ako je predmet ispunjenja stvar (tj. ako je bila riječ o tražbini na predaju), vjerovnik stječe vlasništvo te stvari po samome zakonu.¹⁰⁷ Nije u potpunosti jasno radi li se o ograničenom vlasništvu, slično kao što je to bilo i u odnosu na tražbinu, tj. radi li se o realnoj subrogaciji ili ne. Iako je interpretacija za korist realne subrogacije logičnija, jer je očuvala sadržaj izvorno osnovanog prava, problem postoji zbog nedostatka registracije, jer se raniji upis odnosi na prestalu tražbinu, a ne na stvar. To bi upućivalo na to da ako i postoji fiducijarno vlasništvo, onda se ono može ravnati kao neregistrirani fiducijarni prijenos u smislu čl. 34. st. 3. ZV-a (koje ne djeluje prema trećima).

Ako je osigurana tražbina dospjela, vjerovnik može zadržati iznos koji je primio u visini neispunjene tražbine, a dužniku samo predati višak.¹⁰⁸ Dakle, ovdje se radi o specifičnom obliku namirenja prijebojem propisanim u OZ (1996). U širem kontekstu, može se govoriti o paralelizmu komisornom namirenju.

Ako se radi o običnoj fiducijarnoj cesiji, vrijedi sličan režim, jer je po obveznom pravu, vjerovnik dužan brinuti se o naplati,¹⁰⁹ a tako je predviđeno i kod založnog prava, koja su pravila podredno primjenjiva.¹¹⁰ On je dužan poduzeti

102 Ovdje je propisan *ex lege* prijeboj s troškovima, kamatama, odnosno glavnicom osigurane tražbine. Čl. 274.j st. 1. t. 2. OZ (1996); čl. 289. st. 1. t. 2. OZ (2010).

103 Čl. 274.j st. 1. t. 3. OZ (1996); čl. 289. st. 1. t. 3. OZ (2010).

104 Čl. 274.j st. 1. t. 1. OZ (1996); čl. 289. st. 1. t. 1. OZ (2010).

105 Čl. 274.j st. 1. t. 3. OZ (1996); čl. 289. st. 1. t. 3. OZ (2010). Isto vrijedi i kada je predmet ispunjenja dužnički vrijednosni papir.

106 V. Gavella, op. cit., str. 414. koji govori o prijeboju kod založnog prava na pravu.

107 Ibid.

108 Ibid.

109 Čl. 89. ZOO.

110 Čl. 297. st. 2. ZV.

mjere za očuvanje¹¹¹ i naplatiti kamate,¹¹² odnosno samu tražbinu kada dospije.¹¹³ Kao što je već spomenuto, iako se tu radi o dva instituta, ZV čini se prihvaća zajedničku koncepciju jer inkorporira cesiju radi osiguranja u založnopravni okvir, „deposedirajući” dužnika.¹¹⁴ Literatura je prilikom analize pravnog položaja cesionara i založnog vjerovnika ukazala da je pripadanje prava temeljna razlika između ta dva instituta, ali da kod zalaganja tražbine založnom dužniku ostaje golo pravo, zbog čega je cesija radi osiguranja zapravo zalaganje tražbine.¹¹⁵

Za razliku od dispozitivnog pravila kod fiducijarnog osiguranja po ovršno-pravnom sustavu, založni vjerovnik (odnosno fiducijarni vjerovnik u varijanti podredne primjene istih pravila) ovlašten je na izvršavanje založenog prava. Dio literature¹¹⁶ opravdano vidi problem u odredbi o obveznom polaganju u sud,¹¹⁷ koja je predviđena za slučaj da vjerovnik nedospjele tražbine naplati založenu tražbinu, što bi razdvajalo režim civilnih plodova i glavne tražbine.¹¹⁸

To je pravilo specifično jer odstupa od općih pravila o založnom pravu, po kojima založni vjerovnik ima pravo na posjed zaloga (u konkretnom slučaju stečenog realnom subrogacijom tražbine). Iako se opravdanje može vidjeti u nastojanju očuvanja vrijednosti i identiteta dijela imovine, ono ipak nije potpuno jasno, s obzirom na to da vjerovnik ima dužnost brige za zalog i u ostalim slučajevima u

111 Čl. 334. st. 1. ZV.

112 Čl. 334. st. 2. ZV, čl. 335. st. 1. al. 1. ZV.

113 Čl. 334. st. 3. ZV, čl. 335. st. 1. al. 2. ZV.

114 Donekle se ovo može objasniti i općenitom logikom različitosti filozofije založnog prava i fiducije. Založno pravo najopćenitije ima u vidu jedno potencijalno ostvarivo pravo na namirenje na tuđoj stvari koje se ostvaruje kasnijom prodajom zaloga. Fiducijarni prijenos ima najopćenitije u vidu sadašnji prijenos u svrhu osiguranja, uz potencijalni povrat (iskupljenje) objekta osiguranja u slučaju ispunjenja osigurane tražbine. Kad se ovo primjeni na novčanu tražbinu, treba uzeti u obzir njezinu specifičnost kao objekta osiguranja. Takva je tražbina predestinirana da prestane ispunjenjem i da se pretvori u novac. Ta likvidnost tražbine daje temelj za to da se fiducijarnom cesijom obavi anticipirano namirenje vjerovnika iz naplaćene tražbine, čime se automatski ostvaruje, a to je upravo funkcija cijelog instituta.

115 Denišlić, M., Odnos založnog prava na potraživanjima i cesije, 31 Godišnjak PFSa 37, 46ff (1983.). Pored temeljnog razlikovanja, ističu se i druge razlike između cesije i zalaganja koje su, međutim manje značajne u kontekstu cesije radi osiguranja. Na primjer, (obični) cesionar nije dužan naplatiti tražbinu, a zalagoprimec jest, ali cesionar kod cesije radi osiguranja ima istu dužnost (čl. 89. ZOO) kao i zalagoprimec, čime je njihov položaj blizak.

116 Miladin, P. i Markovinović, H., Založno pravo na pravu, 46 PuG 95, 112 (2007.).

117 Čl. 334. st. 4. ZV.

118 V. Miladin, P. i Markovinović, H., Založno pravo na pravu, 46 PuG 95, 111 (2007.). U literaturi je istaknut i problem vezan uz ovlaštenje založnog vjerovnika da naplati civilne plodove, pri čemu se ukazuje na proturječnost odredbe čl. 323. st. 3. ZV-a koja propisuje stjecanje vlasništva i prijeboj s troškovima, kamatama i glavnicom kao posljedicom ubiranja i čl. 337. st. 5. ZV-a koji govori o namirenju vjerovnikove dospjele tražbine iz tih plodova utoliko što je nejasno može li doći do prijeboja prije dospjeća osigurane tražbine. Kad se radi o tražbinama, a to vrijedi i za ostala prava, sukladno čl. 334. st. 2. ZV-a vrijednost kamata ili drugih povremenih davanja prebija se s troškovima založnog vjerovnika, s kamatama koje mu dužnik duuguje i s glavnicom. U takvom slučaju, vjerovnik ima pravo zadržati primljeno, a do namirenja dolazi dospjećem tražbine.

kojima ima jednaku faktičnu mogućnost raspolaganja. Slijedom toga, tu bi odredbu trebalo uzeti kao dispozitivnu, dok u svakom slučaju dolazi do namirenja nakon dospjeća osigurane tražbine.¹¹⁹

B. Raspolaganja prenesenim pravom i prioritetni odnosi

S obzirom na to da OZ (1996) na isti način i paralelno uređuje fiducijarno osiguranje stvarima i pravima, uređuje i mogućnost vjerovnikovog daljnjeg raspolaganja pravom koje mu je preneseno radi osiguranja. Fiducijarni vjerovnik nije ovlašten raspolagati s predmetom osiguranja prije dospjeća, zbog postojanja fiducijarnog odnosa. Kod imovinskih prava, osobito tražbina, ova činjenica ima posebno značenje. Naime, OZ (1996) općenito predviđa,¹²⁰ ne bez kritike,¹²¹ da je otuđenje pravno valjano i neovisno o tomu što je poduzeto protivno nedostatku svojeg ovlaštenja. Ta je odredba u skladu s općim pravilom stvarnoga prava sukladno kojem vlasništvo prednika nije pretpostavka valjanosti raspolaganja,^{122, 123} zbog čega je u određenim slučajevima moguće stjecanje od neovlaštenika.¹²⁴

Pri razmatranju posljedica ovih raspolaganja treba imati u vidu da se u konkretnom slučaju radi o stjecanju od ovlaštenika protivno zabrani prijenosa. Ako bi se tumačilo da je ugovorom o fiducijarnom osiguranju implicirana (ili izričito ugovorena) klauzula o privremenoj zabrani prijenosa kojom je tražbini oduzeto

119 Položeno će biti predano dužniku samo pod uvjetima koje je postavio vjerovnik (čl. 93. ZOO), dakle, samo ako osigurana tražbina bude isplaćena. U suprotnom, dolazi do namirenja prijebojem. Pitanje pripada li dužniku zbog toga diskont koje je u literaturi istaknuto je pitanje ugovornog odnosa između stranaka.

120 Čl. 274.f st. 2. OZ (1996); čl. 285. OZ (2010).

121 Povlakić, M., *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu (dok. dis.)*, (Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet, 2001.), 233.

122 Ponašanje je inkriminirano, jer prema izričitoj odredbi, „nije isključena kaznena odgovornost” osoba koje su sudjelovale u protupravnom postupanju. V. čl. 274.f st. 5. OZ (1996); čl. 285. st. 5. OZ (2010).

123 Dika navodi da «mogućnost valjanoga unovčenja predmeta osiguranja neovisno o tome je li tražbina dospjela ili nije bitno pojednostavljuje realizaciju pravozaštitnog cilja fiducijarnog osiguranja – otklanjanje potrebe da se radi namirenja predlagatelja osiguranja provodi sudski ... postupak, da se stjecateljima stvari ili prava koji se unovčuje pruži sigurnost da su valjano stekli ono što su kupili, bez potrebe da provjeravaju je li osigurana tražbina dospjela i je li stoga fiducijar ovlašten otuđiti predmet osiguranja.» Dika, M., *Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo* (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 807 (bilješka ispuštena).

124 Ukazano je da i kod pokretnina i kod nekretnina, konkretno pravilo jest problematično jer nije u skladu s uobičajenim ponašanjem u pravnom prometu, kao i zbog toga jer je nejasno bi li treći ako bi išta stjecao, stjecao osiguranje (sa ili bez osigurane tražbine) ili vlasništvo (u smislu punopravnog vlasništva). V. Čulinović-Herc, E., *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika (dok. dis.)* (Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 1996.), 253; Josipović, T., *Raspolaganja sredstvima osiguranja tražbina (podzaložno pravo, raspolaganja prvenstvenim redom hipoteke, raspolaganje zadužnikom/bjanko zadužnikom i dr.)*, u: *Zaštita vjerovnika: pravni porezni i računovodstveni aspekti*, (Josipović, T. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2006.), 282.

svojstvo prenosivosti, tada bi svaki kasniji prijenos, odnosno cesija tražbine bili bez učinka prema dužniku. Odredba čl. 274.f st. 2. OZ (1996) ne onemogućuje primjenu takvog tumačenja, jer govori o valjanosti otuđenja, dok ZOO ne govori o nevaljanosti već nedostatku djelovanja prema dužniku.¹²⁵

Tu se, međutim, ne radi o zabrani prijenosa koja je uspostavljena s dužnikom, pa se ne radi niti o slučaju iz čl. 80. st. 2. ZOO-a, već eventualno o slučaju iz čl. 80. st. 1. Takva interpretacija ne bi dovela do ništetnosti cesije zbog izričitog isključenja. Vjerojatnije je da se radi o zabrani u smislu čl. 322. st. 2. ZOO-a uperenoj prema jednoj strani.

Praktično gledano, međutim, teško je da bi kasnija cesija uspjela. U slučaju raspolaganja fiducijarnog vjerovnika, u nedostatku notifikacije dužnik fiducijarno prenesene tražbine neće biti upoznat s identitetom fiducijarnog vjerovnika, što će njegovom cesionaru signalizirati prijevarno postupanje. S druge strane, ako je notifikacija izvršena, tada je jasno da će taj cesionar biti upoznat i s tim da se radi o fiducijarnoj cesiji.

Suprotno, u usporedbi sa založnim pravom, kod fiducijarnog osiguranja zbog toga jer je izvršen prijenos, načelno dužnik ne može raspolagati s predmetom osiguranja, pa niti tako da osnuje novo osiguranje. U slučaju dužnikovog raspolaganja objektom osiguranja, stoga treći načelno ne može steći pravo. Međutim, iako kod prava ne vrijede pravila o stjecanju od neovlaštenika, hrvatsko pravo prihvaća mogućnost višestruke cesije koja prvenstvo daje kasnijem notifikantu, za razliku od npr. njemačkoga prava koje drži kasniju cesiju nemogućom. To je rješenje kritizirano¹²⁶ zbog toga što notifikaciju čini svojevrsnim konstitutivnim elementom cesije. Tu se, međutim, radi o specifičnom vidu zaštite povjerenja, tj. stjecanja od neovlaštenika, pri čemu se kasnijem cesionaru daje prednost ako je bio pošten.¹²⁷

Pitanje raspolaganja svodi se tako na pitanje poštenja. Kod registriranog osiguranja problem je pojačan činjenicom apsolutnog djelovanja upisnika.¹²⁸ Cesionari se zbog toga ne bi mogli pozivati na to da nisu znali da je pravo cedirano, čak i onda kada su od cesusa dobili potvrdu o statusu tražbine jer fiducijarna cesija nije notificirana. Kod obične fiducijarne cesije, ako notifikacije nije bilo, tada nedostatak notifikacije onemogućuje i kasnijeg cesionara da sazna za raniju cesiju, jer je skrivena, i u tom bi slučaju trebalo prihvatiti djelovanje pravila o višestrukome ustupanju i prednost dati ranijem notifikantu.

U svakom slučaju, međutim, fiducijarni prijenos načelno znači da dužnik nema pravo kasnijeg zalaganja iste tražbine odnosno prava, tj. da mu je objekt osiguranja privremeno blokiran, što je na poredbenopravnom planu izvrgnuto vrlo

125 Čl. 80. st. 2. ZOO. V. Markovinović, H., Ugovor o cesiji (dokt. dis.), (Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 2005.), 95, koji raspravlja o problematičnoj interpretaciji ove odredbe u kontekstu poredbenopravnih stajališta.

126 Ibid., 132.

127 Ibid., 134.

128 Čl. 21. st. 4. ZU.

oštroj kritici.¹²⁹ Hrvatsko pravo u sferi založnog prava ima krajnje negativan stav da se dužnika ograniči u mogućnosti višestrukog zalaganja, sankcionirajući takve klauzule ništavima.¹³⁰ Prihvaćajući istu ideju kod fiducijarnog vlasništva po OZ (1996) odredbe ostavljaju dovoljno prostora za tumačenje po kojem je moguće osnivanje kasnijeg založnog prava nakon fiducijarnog prijenosa.¹³¹ Premda jedan dio literature smatra da se u Upisnik ne može upisati založno pravo, ako je prije toga upisan prijenos radi osiguranja, što proizlazi *arg. a contrario* iz čl. 274.i OZ-a (1996) koji dopušta hipotekarno opterećenje fiducijarno opterećene nekretnine,¹³² drugi dio literature smatra da se ta odredba primjenjuje i na ostale situacije, pozivom na analognu primjenu odredaba o nekretninama.¹³³

Kod ovršnopavnog fiducijarnog osiguranja, ipak, ne postoji zapreka ugovaranju zabrane opterećenja, što literatura tumači kao izričito odstupanje od pravila o ništavim uglavcima iz čl. 307. st. 4. ZV-a.¹³⁴ Ta odredba uvelike oslabljuje cijelu ideju o omogućavanju kasnijeg raspolaganja s obzirom na to da je za očekivati da bi vjerovnici standardno ugovarali upis zabrane.¹³⁵ Zakonodavac pritom nije ocijenio neprihvatljivim deklaraciju ništavosti uglavka o zabrani opterećenja, jer bi u tom slučaju brisao odredbu iz ZV-a, nego je signalizirao da postoji posebno opravdanje za dopustivost takvog ugovaranja u jednom slučaju. Moguće je da je to posljedica činjenice da se radi o fiducijarnom prijenosu, pa da zakonodavac poštuje implicitnu zabranu opterećenja ugrađenu u prijenos vlasništva (pa i radi osiguranja), ali je takvo formalističko tumačenje nevjerojatno. Fiducijarni vlasnik se ne nalazi u ništa opasnijem položaju od založnog vjerovnika da bi mu trebala posebna zaštita. Odredba ima za posljedicu da ova ugovorna klauzula može utjecati na izbor sredstva osiguranja ili u najmanju ruku predstavlja dodatno opterećenje prilikom izbora.

129 U njemačkom pravu razvijena je posebna teorija i praksa zabrane preosiguranja (*Übersicherung*), kako bi se olakšala dužnikova pozicija. V. Oechsler, J., Anhang nach §§ 929–936 Sicherungseigentum – Sicherungsübereignung, u: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Sachenrecht, §§ 854–1296, Wohnungseigentumsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, (Gaier, R. (ur.), Beck, München, 2009.), 30 *et seq.*

130 Čl. 307. st. 4. ZV. U teoriji je istaknuto da je opravdanje za takvo propisivanje u tome što ne postoji «svrha ... da ojača založno osiguravanje vjerovnikove tražbine (daljnjim zalaganjem iste stvari dužnik ne utječe na založno pravo koje je već osnovano, niti smanjuje mogućnost njegovog namirenja), nego bi služio kao nekakav dadatni prisak na dužnika.» Gavella, N., *et al.*, Stvarno pravo: 2. dio, (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 189.

131 Čl. 274.i OZ (1996), čl. 288. OZ (2010).

132 Jelčić, O., Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja te podzakonski akti za njegovu provedbu, u: Registar sudskih i javnobilježničkih osiguranja - iskustva i problemi, (Grubić, V. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2007.), 7.

133 Mihelčić, G., Sudsko/Javnobilježničko fiducijarno osiguranje na pokretninama, 11 HPR 18, 20 (2008.); ne posve jasno Gavella, N., *et al.*, Stvarno pravo: 2. dio (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 532.

134 Dika, M., Gradansko ovršno pravo: Opće gradansko ovršno pravo (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 795.

135 V. Matko-Ruždjak, J., Javnobilježničko osiguranje tražbina prijenosom vlasništva i prijenosom prava, u: Zaštita vjerovnika: stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina, (Josipović, T. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2005.), 287.

Prioritetni odnosi koji nastaju uslijed osnivanja fiducijarnog osiguranja nešto su manje kompleksni od založnog prava, jer je fiducijarno osiguranje ekskluzivnije, i to je upravo jedan od ključnih problema toga oblika osiguranja. Nakon što je došlo do prijenosa prava, ovrhovoditelji više ne mogu plijeniti to pravo, jer fiducijarnom vjerovniku pripada izlučno pravo (za razliku od založnog vjerovnika, koji ga nema).¹³⁶ Činjenica da je fiducijarni prijenos registriran samo donekle olakšava njihov položaj.

I inače kod ranijeg registriranog fiducijarnog vlasništva registracija djeluje prema kasnijem založnom vjerovniku u svakom slučaju i sprječava stjecanje. Iako tu nema nelogičnosti *per se*, funkcionalno gledano postoji razlikovanje prema založnom pravu, koje tolerira višestruko zalaganje.

Poseban vid problema prioriteta javlja se u slučajevima u kojima fiducijarno osiguranje slijedi nakon već osnovanog založnog prava. Kao prvo, zbog koncepcije založnog prava po ZV-u, sporno je, je li moguće naknadno osnivanje fiducije. Kao drugo, ako je to moguće, situacija je problematična zbog promjene založnog dužnika. Ako pretpostavimo da nakon registriranog založnog prava uslijedi fiducijarni prijenos, bilo neregistrirani ili registrirani,¹³⁷ založni vjerovnik je doveden u položaj da svoje založno pravo mora ostvarivati prema fiducijarnom vjerovniku.

OZ (1996) predviđa kao opće pravilo učinkovitost ovršne isprave prema kasnijem preuzimatelju duga, pri čemu se na odgovarajući način primjenjuje pravilo o cesiji tražbine.¹³⁸ To bi se pravilo moglo analogno primijeniti i na prijenos objekta osiguranja, jer u tom slučaju dolazi do razdvajanja stvarnopravne i osobne odgovornosti. Ovrhovoditelj mora u tom slučaju dokazati prijenos javnom ili ovjerenom privatnom ispravom, kojom ne raspolaže, ali je za očekivati da će ju podnijeti u postupku ili dužnik ili stjecatelj. Kod ovrhe na nekretnini vrijedi pravilo o tomu da se ovrha u slučaju prijenosa vlasništva nekretnine s ranijeg dužnika protiv kojega glasi ovršna isprava na novog vlasnika, može neposredno tražiti protiv novog vlasnika, uz predočenje izvotka iz zemljišne knjige kojim se dokazuje prijenos.¹³⁹ S obzirom na to da Upisnik uvijek publicira prijenos na registriranog fiducijarnog vlasnika, tu nema razloga da se na odgovarajući način ne primijeni ova odredba. Kod neregistriranog fiducijarnog vlasništva vrijedi isto, ali je dokazivanje nešto teže.

U slučajevima u kojima fiducijarni prijenos slijedi nakon fiducijarnog prijenosa, ako je prvi prijenos registriran, kasniji prijenos je bez učinka, jer je cesionar dužan provjeriti registarsko stanje. Ako je prvi prijenos neregistriran, vrijede opća pravila o višestrukoj cesiji. Međutim, budući da upisničko tijelo ne zna za postojanje ranije fiducije, upis će uvijek biti dopušten. Ako bi se uzelo da djeluje kao notifikacija, jasno je da postoji široki prostor za zlouporabu.

Kod financijskog osiguranja ukoliko ugovorom nije drugačije ugovoreno, primatelj instrumenta osiguranja ovlašten je neograničeno koristiti se i raspolagati

136 Čl. 55. OZ (1996), čl. 73. OZ (2010).

137 U smislu ZU-a radi se o novoj radnji osiguranja. Nova radnja osiguranja, ovrhe ili novo pravo, upisuju se u istom ulošku tako da se uz taj upis u napomeni upisuje bilješka o prethodnom upisu (čl. 19. st. 1. Pravilnika).

138 Čl. 29. st. 2. OZ (1996), čl. 28. st. 2. OZ (2010).

139 Čl. 77.a OZ (1996), čl. 131. OZ (2010).

novčanim sredstvima i financijskim instrumentima koji su instrument osiguranja, uključivši pravo na njihovo otuđenje.¹⁴⁰ Ovdje, dakle, nema zapreka niti približno onima koje postoje prema ovršnopравnim pravilima. To je vjerovnikovo neograničeno pravo raspolaganja očito u raskoraku s temeljnim pravilima i idejom osiguranja, jer predstavlja povredu dužnosti čuvanja, zabrane aproprijacije i prava na povrat. Pravo korištenja opravdavano je argumentom da je ono komercijalni imperativ, te da mogućnost slobodnog raspolaganja kolateralom, financijska institucija koja ga drži može ga iskoristiti na najučinkovitiji način, jer smanjujući vlastite troškove smanjuje i troškove financijske usluge pružene davatelju kolaterala.¹⁴¹ Taj je argument privlačan, međutim, u velikoj mjeri zanemaruje kreditni rizik primatelja kolaterala i zbog toga ga treba uzeti s rezervom.

V. NAMIRENJE IZ FIDUCIJARNO PRENESENOG PRAVA

A. Namirenje tražbina osiguranih sudskim i javnobilježničkim fiducijarnim osiguranjem na pravu

1. Općenito o namirenju iz fiducijarno prenesenog prava

Pravila o namirenju iz fiducijarno prenesenog predmeta osiguranja samo su u jednom dijelu jednaka za sve predmete osiguranja. Ovdje je riječ samo o namirenju tražbine iz prava koje je preneseno radi osiguranja, dok će se ostali predmeti osiguranja ostaviti po strani. Kod namirenja iz fiducijarno prenesenog prava riječ je o izvansudskom namirenju.¹⁴²

Predlagatelj osiguranja ovlašten je pristupiti unovčenju predmeta osiguranja, dakle namirenju osigurane tražbine iz vrijednosti prenesenog prava tek nakon dospijeca te tražbine.¹⁴³ Ipak, ako pravo preneseno radi osiguranja protivnik osiguranja otuđi prije dospijeca te tražbine i takvo će otuđenje biti valjano.^{144,145} Zbog otuđenja prava prije dospijeca osigurane tražbine mogu nastupiti neke druge

140 Čl. 6. st. 1. ZFO.

141 V. npr. ISDA, *Collateral Arrangements in the European Financial Markets, The Need for National Law Reform*, 2000.

142 Isto Mihelčić, G., *Izvansudsko namirenje stvarnopravno osiguranih tražbina* (dokt. dis.) (Pravni fakultet u Zagrebu, 2011.), str. 399. Ova autorica drži da prijenos vlasništva radi osiguranja na subjektivnim imovinskim pravima kao predmetu osiguranja i namirenje vjerovnika, što se tiče pravila stvarnog prava, dijeli sudbinu uređenja prijenosa vlasništva radi osiguranja na drugim predmetima osiguranja: pokretnim i nepokretnim stvarima. Nadalje ističe da je osnovno (i jedino) pravilo i kod namirenja vjerovnika iz vrijednosti subjektivnog imovinskog prava kao predmeta osiguranja ono iz čl. 34 st. 5. ZV-a prema kojem se vjerovnik namiruje izvansudskim putem u skladu s pravilima o namirenju založnopravnih tražbina.

143 Čl. 274.f/1. OZ (1996); čl. 285. st. 1. OZ (2010). V. Gavella, N., *et al.*, *Stvarno pravo*: 2. dio (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 543.

144 Čl. 274.f/2. OZ (1996); čl. 285 st. 2. OZ (2010).

145 Ovo pravilo vrijedi za sve vrste predmeta osiguranja. Više vidjeti Dika, M., *Građansko ovršno pravo*: Opće građansko ovršno pravo, (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 807.

posljedice nepovoljne za predlagatelja osiguranja i eventualno stjecatelja prava koje je predmet osiguranja,¹⁴⁶ no samo stjecanje je valjano (naravno, ako nema nekih drugih razloga koji uzrokuju nevaljanost takvog stjecanja). Istodobno, predlagatelj osiguranja može pravo koje je predmet osiguranja unovčiti samo preko javnog bilježnika.¹⁴⁷ Može se postaviti pitanje je li navedeno pravilo propisano kao pretpostavka valjanosti otuđenja u svakom slučaju, dakle i prije dospijeća, ali se iz citiranih odredaba ne može sa sigurnošću zaključiti koji bi bio odgovor.

U samom postupku namirenja unovčenjem prava primjenjuju se pravila o ovrsci, ovisno o tomu koja je narav prava koje je predmet osiguranja.¹⁴⁸ Imovinska prava koja nisu tražbine u pravilu se unovčuju primjenom pravila o prodaji pokretnina.¹⁴⁹

Već je prije isticano da u slučaju kada fiducijant fiducijaru pravo prenese radi osiguranja, on u slučaju ispunjenja ili drugog načina prestanka osigurane tražbine ima tek obveznopravni zahtjev na povrat toga prava.¹⁵⁰ Sam protivnik osiguranja fiducijarnim prijenosom gubi preneseno pravo, iako je u nedostatku suprotnog sporazuma ovlašten izvršavati njegov sadržaj.¹⁵¹ Izvršavanjem sadržaja toga prava u skladu sa zakonom, protivnik osiguranja može iz njega crpiti plodove i druge koristi. S druge strane, ako je sporazumom o fiducijarnom osiguranju određeno da je predlagatelj osiguranja ovlašten izvršavati sadržaj prenesenog mu prava, istim je sporazumom potrebno odrediti i način na koji će se obračunavati plodovi i druge koristi koje će on imati od takvog izvršavanja. Ako drukčije nije ugovoreno, vrijednost koristi ostvarenih od izvršavanja sadržaja prenesenog prava prebija se najprije s troškovima na čiju naknadu predlagatelj osiguranja ima pravo, zatim s kamatama i naposljetku s glavnicom.¹⁵² U potonjem slučaju riječ je o prijeboju *ex lege*.¹⁵³ Može se postaviti pitanje, u kojem trenutku dolazi do prijeboja. Primjenom pravila iz čl. 196. st. 2. ZOO-a ispalilo bi da prijeboj s koristima ostvarenim izvršavanjem sadržaja fiducijarno prenesenog prava može nastati tek kada dospije

146 Ako predmet osiguranja unovči prije dospijeća osigurane tražbine, predlagatelj osiguranja odgovarat će protivniku osiguranja za štetu koju je time prouzročio, iako takvo raspolaganje neće biti nevaljano samo zbog činjenice da se dogodilo prije dospijeća osigurane tražbine (čl. 274.f st. 2. OZ (1996); čl. 285. st. 2. OZ (2010)). Također, okolnost da je takvo raspolaganje pravno valjano ne isključuje kaznenu odgovornost osoba koje su sudjelovale u takvom otuđenju. (čl. 274.f st. 5. OZ (1996); čl. 285. st. 5. OZ (2010)).

147 Čl. 274.f st. 3. OZ (1996); čl. 285. st. 3. OZ (2010).

148 Čl. 274.g st. 1. OZ (1996); čl. 286. st. 1. OZ (2010).

149 Čl. 200. OZ (1996), čl. 299. OZ (2010). Detaljnije v. Mihelčić, G., Izvansudsko namirenje stvarnopravno osiguranih tražbina (dok. dis.), (Pravni fakultet u Zagrebu, 2011.), 400, 401.

150 Isto Dika, M., Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 812; suglasno Gavella, N., *et al.*, Stvarno pravo: 2. dio, (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 544.

151 Čl. 274.e st. 1. OZ (1996); čl. 284. st. 1. OZ (2010).

152 Čl. 274.e st. 3. OZ (1996); čl. 284. st. 3. OZ (2010).

153 Ova pravila slična su stvarnopravnim pravilima o namirivanju prijebojem iz čl. 337. st. 6. ZV. Vidi i Mihelčić, G., Izvansudsko namirenje stvarnopravno osiguranih tražbina (dok. dis.) (Pravni fakultet u Zagrebu, 2011.) 399.

osigurana tražbina.¹⁵⁴ S druge strane, u čl. 284. st. 3. OZ (2010)¹⁵⁵ propisano je da će stranke sporazuma o fiducijarnom prijenosu prava utvrditi kako će se koristiti od fiducijarno prenesenog prava koje ostvari predlagatelj osiguranja prebijati s troškovima, kamatama te na kraju s glavnicom.¹⁵⁶ Iz tog pravila proizlazi da bi se one mogle sporazumjeti da do prijeboja dođe i prije dospjeća osigurane tražbine.

Osim unovčenja radi namirenja iz vrijednosti prava koje je predmet osiguranja¹⁵⁷ te namirenja prijebojem,¹⁵⁸ namirenje osigurane tražbine može se provesti i tako da predlagatelj osiguranja postane punopravni nositelj prava, uslijed čega će se smatrati da je osigurana tražbina, uključujući i sve sporedne tražbine (kamate, troškovi i porez)¹⁵⁹ ispunjena u cijelosti. To se može dogoditi na sljedeći način. Predlagatelj osiguranja ne mora u postupku namirenja pristupiti unovčenju prenesenog mu prava, već nakon dospjeća osigurane tražbine može zatražiti od protivnika osiguranja da se izjasni zahtijeva li da se predmet osiguranja unovči. Ako ovaj to ne zahtijeva ili se ne očituje u roku od 30 dana, predlagatelj osiguranja postat će punopravni nositelj prava.¹⁶⁰ Ako, pak, protivnik osiguranja zahtijeva unovčenje, javni bilježnik pristupit će prodaji prava radi namirenja osigurane tražbine. Tu bi, u pogledu samog postupka prodaje također trebalo primijeniti pravila o ovrsi, te u tom smislu, ako je riječ o imovinskom pravu koje nije tražbina, primijeniti na odgovarajući način pravila o prodaji pokretnina u ovrsi, ali samo u onoj mjeri u kojoj je to moguće, budući da su pravila iz čl. 291. OZ (2010)¹⁶¹ *lex specialis*.

Međutim, ako javni bilježnik kojemu je povjerena prodaja prava radi namirenja osigurane tražbine, ne uspije unovčiti to pravo u roku od tri mjeseca, i u ovom slučaju smatrat će se da je predlagatelj osiguranja postao punopravni nositelj prava.¹⁶²

154 Ovdje nije potrebna izjava o prijeboju iz čl. 196. ZOO-a jer do prijeboja dolazi po samom zakonu.

155 Čl. 274.e st. 3. OZ (1996); čl. 284. st. 3. OZ (2010).

156 S druge strane, prema čl. 337. st. 6. ZV-a, prijeboj plodova založene stvari koja je u posjedu založnog vjerovnika prebija se *ex lege* s tražbinom, makar ona i nije dospjela. Dakle, do prijeboja dolazi prije dospjeća založnim pravom osigurane tražbine, zbog čega se njena vrijednost umanjuje i prije no što je dospjela.

157 Čl. 274.f st. 1. OZ (1996); čl. 285. st. 1. OZ (2010).

158 Čl. 274.e st. 3. OZ (1996); čl. 284. st. 3. OZ (2010).

159 Na sam fiducijarni prijenos stvari, odnosno prava kao i na povrat stvari fiducijantu (protivniku osiguranja) u slučaju ispunjenja osigurane tražbine ili njenog prestanka na drugi način, ne plaća se porez na promet, porez na dodanu vrijednost ni ikakav drugi porez koji se plaća prigodom prijenosa vlasništva, odnosno prijenosa prava. Međutim, ako predlagatelj osiguranja unovči stvar, odnosno pravo radi namirenja dospjele osigurane tražbine ili ako postane punopravni vlasnik stvari, odnosno nositelj prava, plaća se zakonom propisani porez (čl. 274.f st. 4. OZ (1996); čl. 285. st. 4. OZ (2010)).

160 Čl. 277. st. 7. OZ (1996); čl. 291. st. 7. OZ (2010). O tome da je postao punopravni nositelj prava potvrdu će mu izdati javni bilježnik preko kojeg se u skladu s čl. 277. st. 1. i 2. OZ (1996) (čl. 291. st. 1. i 2. OZ (2010)) odvija korespondencija između predlagatelja i protivnika osiguranja (čl. 277. st. 8 t. 1. OZ (1996); čl. 291. st. 8. t. 1. OZ (2010)).

161 Čl. 277. OZ (1996); čl. 291. OZ (2010).

162 Čl. 277. st. 7. OZ (1996); čl. 291. st. 7. OZ (2010). U ovome slučaju javni bilježnik koji je

Izvorne odredbe o fiducijarnom vlasništvu su, kao i današnje, omogućavale vjerovniku izbor između različitih postupaka u slučaju dužnikovog zakašnjenja. Analiza pokazuje da je vjerovnikovo postupanje uvjetovano odnosom vrijednosti dospjele tražbine i predmeta osiguranja, te uvjetima na tržištu. U redovitoj situaciji kakvu predviđa OZ vjerovnik ne smije, pa zato niti ne pristupa prodaji dok se o tome nije obavijestio i izjasnio dužnik,¹⁶³ ali je i izvorno, a pogotovo današnje uređenje dopustilo vjerovniku da pristupi unovčenju, doduše, ne potpuno slobodno, već isključivo putem javnog bilježnika.¹⁶⁴ Vjerovnikovo pravo na otuđenje proizlazilo je izvorno posredno iz odredbe čl. 275. st. 1. OZ (1996) sukladno kojoj vjerovnik nije mogao ni otuđiti niti opteretiti predmet osiguranja ako drukčije nije bilo određeno sporazumom, što je tumačeno kao put ugovaranju namirenja prodajom bez sudjelovanja javnog bilježnika i bez obavještanja dužnika.¹⁶⁵ Danas je situacija jasnija, jer vjerovnik ne može otuđiti stvar drukčije nego preko javnog bilježnika, čak i onda kada se radi o nematerijaliziranim vrijednosnim papirima (pri čemu javni bilježnik povjerava prodaju ovlaštenom brokeru).¹⁶⁶

Vezano uz pitanje što znači "punopravni" nositelj prava, u odnosu na namirenje, to znači da predlagatelj osiguranja sada stečeno pravo može slobodno otuđiti te njime na drugi način raspolagati, bez ikakve odgovornosti naspram protivnika osiguranja. Budući da je odnos fiducije namirenjem prestao, sva eventualna ovlaštenja protivnika osiguranja u odnosu na izvršavanje sadržaja prava koja su postojala temeljem zakona ili sporazuma o fiduciji, kao i ovlaštenja na ubiranje koristi od prava prestaju u trenutku namirenja "pretvaranjem" fiducijarnog nositelja prava u punopravnog nositelja prava. Kako je već fiducijarnim prijenosom stekao pravo translativnom sukcesijom od protivnika osiguranja, namirenjem u kojem je postao punopravni vlasnik predlagatelj osiguranja ne stječe ništa više od sadržaja prava kojeg je već imao, no otpadaju eventualna ograničenja koja su u korist protivnika osiguranja propisana zakonom ili uređena sporazumom o fiduciji, npr. u pogledu izvršavanja sadržaja toga prava ili u pogledu plodova i drugih koristi koje proizlaze iz toga prava. Istodobno, potrebno je u Upisniku, u kojem je do tada predlagatelj osiguranja bio upisan kao fiducijarni nositelj prava uz zabilježbu da je pravo stečeno radi osiguranja,¹⁶⁷ brisati takav upis prema čl. 36. ZU-a.

Nastavno na slučaj u kojem se protivnik osiguranja na poziv predlagatelja upućenim mu po dospijeću osigurane tražbine i zakašnjenju u njenom ispunjenju izjasni da želi da se pravo koje je fiducijarno prenio na predlagatelja osiguranja

obavljao prodaju izdat će predlagatelju osiguranja potvrdu o tome da je postao punopravni nositelj prava (čl. 277. st. 8. t. 2. OZ (1996), čl. 291. st. 8. t. 2. OZ (2010)).

163 Čl. 277. OZ (1996), čl. 291. OZ (2010).

164 Čl. 274.f OZ (1996), čl. 285. OZ (2010).

165 Dika, M., Dvije godine primjene Ovršnog zakona s naglaskom na dobrovoljno sudsko i javnobilježničko založno pravo i fiducijarno osiguranje tražbina vjerovnika u: Ovrha u gospodarskoj i suskoj praksi: najaktualnija pitanja, (Barbarić, K. (ur.), Inženjerski biro, Zagreb, 1998.), 55.

166 Čl. 274.f st. 3. OZ (1996), čl. 285. st. 3. OZ (2010).

167 Čl. 43. st. 2. ZU.

unovči, valja istaknuti da mora ostvariti i sljedeće pretpostavke. Protivnik osiguranja je dužan u svojem zahtjevu odrediti najnižu cijenu po kojoj se pravo može prodati te imenovati javnog bilježnika koji je voljan obaviti prodaju i priložiti njegovu izjavu da će to učiniti i od iznosa dobivenog prodajom prethodno namiriti osiguranu tražbinu s kamatama i troškovima te platiti porez na promet.¹⁶⁸ Ako sve navedeno propusti učiniti u roku od 30 dana od dana primitka poziva predlagatelja osiguranja, smatra se da je predlagatelj osiguranja postao punopravni nositelj prava.¹⁶⁹ Najniža cijena ne može biti niža od osigurane tražbine te predvidivih troškova, kamata i poreza.¹⁷⁰ Ako bi se dopustilo da dužnik odredi i nižu prodajnu cijenu, onda se ne bi moglo braniti pravilo o komisornom namirenju vjerovnika, odnosno fikcija o namirenju za iznos tražbine, troškova i poreza koja nastupa u slučaju neuspješne prodaje.¹⁷¹ Literatura je ukazala da odredba štiti vjerovnika od dužnikovog osujećivanja stjecanja punopravnog vlasništva,¹⁷² ali dužnik takav interes ima samo onda kada je vrijednost prava veća od vrijednosti tražbine. Dužnik tada neće umjetno snižavati cijenu, i uzrokovati prodaju ispod stvarne vrijednosti jer time sam sebi nanosi štetu. S druge strane, odredba stavlja dužnost procjene ukupne tražbine na dužnika, usprkos tomu što je on u daleko lošijem položaju od vjerovnika da takvu procjenu izvrši, čak i onda kada se ne radi o dužniku-potrošaču.

Zakon ne daje jasan odgovor na pitanje znači li odredba o najnižoj cijeni zapravo da se pravo može putem javnog bilježnika prodati po cijeni koja je barem jednaka vrijednosti osigurane tražbine, plus predvidivi troškovi, kamate i porez, ili se primjenjuju pravila o prodaji pokretnina u ovrsi pa se na drugoj dražbi pravo može prodati i po cijeni koja je jedna trećina cijene koju je odredio protivnik osiguranja. Prva varijanta izglednija je u kontekstu daljnjih posljedica, budući da se predlagatelj mora zadovoljiti prenesenim mu pravom jer će se smatrati da je stjecanjem statusa punopravnog nositelja toga prava u postupku namirenja zbog neuspjele prodaje putem javnog bilježnika, on u cijelosti namiren. Za ovaj slučaj bitno je napomenuti i to da je predlagatelj taj koji mora predumjeti troškove namirenja prodajom fiducijarno prenesenog prava, u protivnom se prodaja neće provesti. Dužan je također poduzeti i druge radnje koje su usmjerene na upoznavanje potencijalnih kupaca sa sadržajem prenesenog prava. Ako to ne učini, ne može se pristupiti prodaji.

Zahtijevati unovčenje fiducijarno prenesenog prava po dospijeću osigurane tražbine i zakašnjenju u njenom ispunjenju može i sam protivnik osiguranja. U tom slučaju primjenjuju se pravila o unovčenju predlagatelja osiguranja, s tim da je troškove prodaje prava radi namirenja dužan predumjeti protivnik osiguranja.¹⁷³

Ako je pravo prodano u postupku namirenja, na temelju provedene dražbe, javni bilježnik će sklopiti u obliku javnobilježničkog akta u ime predlagatelja

168 Čl. 277. st. 2. OZ (1996); čl. 291. st. 2. OZ (2010).

169 Čl. 277. st. 7. OZ (1996); čl. 291. st. 7. OZ (2010).

170 Čl. 277. st. 3. OZ (1996); čl. 291. st. 3. OZ (2010).

171 Čl. 277. st. 7. i 9. OZ (1996); čl. 291. st. 7. i 9. OZ (2010).

172 Dika, M., *Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo*, (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 812.

173 Čl. 277.c OZ (1996); čl. 294. OZ (2010).

osiguranja ugovor s kupcem o prodaji prava.¹⁷⁴ Prodajom prava predlagatelj osiguranja prestaje biti njegovim nositeljem te su time stečeni uvjeti za brisanje upisa fiducijarnog prijenosa prava i zabilježbe da je prijenos izvršen radi osiguranja, sukladno čl. 36. ZU-a.

Različite mogućnosti namirenja - unovčenjem fiducijarno prenesenog prava, prijebom *ex lege* s koristima koje proizlaze iz fiducijarno prenesenog prava te stjecanjem statusa punopravnog nositelja prava, daju strankama fiducijarnog odnosa mogućnost kalkulacije u svakom konkretnom slučaju, o tome koji je način najpovoljniji u smislu da se osigurana tražbina namiri u cijelosti.

2. Namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine

Kada je predmet osiguranja novčana tražbina, postupak namirenja razlikuje se od onoga koji je prethodno opisan. Rečeno je da se kod namirenja iz fiducijarno prenesenog prava primjenjuju pravila o ovrsi,¹⁷⁵ stoga će se ovdje posebno istražiti kako se predmetna odredba odnosi na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine.

U postupku ovrhe namirenje nije moguće provesti unovčenjem tražbine za određenu cijenu, tj. njezinom prodajom uslijed koje bi se tražbina cedirala kupcu uz plaćanje cijene. Tražbina se u postupku ovrhe ne može prodati,¹⁷⁶ već se ovrha na tražbini provodi prijenosom radi naplate ili prema OZ (1996), prijenosom umjesto isplate, s tim da se uređenju prijenosa umjesto isplate upućuju ozbiljni i vrlo argumentirani prigovori koji dovode do zaključka da je riječ o zapravo neprimjenjivim odredbama.¹⁷⁷ Sada se postavlja pitanje mogu li se i ako da, u kojoj mjeri, odredbe o ovrsi na novčanoj tražbini primijeniti i na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine.

Zbog toga jer OZ predviđa dužnosti vjerovnika oko tražbine koja mu je prenesena radi osiguranja, te zbog toga jer se naplaćeni iznosi prebijaju s troškovima na čiju naknadu predlagatelj osiguranja ima pravo, s kamatama i na kraju s glavnicom, jasno je da se radi o namirenju prijebom. Iz dikcije ove odredbe¹⁷⁸ proizlazi da do prijebaja dolazi *ex lege*, i to prije dospijeca osigurane tražbine. No, valja imati na umu da je riječ o dispozitivnoj odredbi i da stranke mogu odrediti drukčije.

174 Čl. 274.g st. 3. OZ (1996); čl. 286. st. 3. OZ (2010).

175 Čl. 274.g st. 1. OZ (1996); čl. 286. st. 1. OZ (2010).

176 Situacija u kojoj se tražbina u postupku ovrhe ne može prodati da bi se ovrhovoditelj namirio iz cijene koja je za nju dobivena kritizira se u pravnoj književnosti. Upozorava se da se prema postojećem uređenju vjerovnik može namiriti tek iz "onoga što je dobiveno *na ime ispunjenja tražbine*, čime se propušta omogućiti da se namiri iz onog što se može dobiti *za tražbinu*." Predlaže se *de lege ferenda*, pored namirenja primanjem onog što je na ime tražbine naplaćeno, propisati i druge načine namirenja iz vrijednosti tražbine, prvenstveno prodajom i namirenjem iz cijene koja je dobivena prodajom. Time bi se unaprijedilo postojeće stanje prema kojem se rizik neispunjenja tražbine na kojoj je vjerovnik u postupku ovrhe stekao založno pravo prevaljuje na vjerovnika - ovrhovoditelja. Vidi Markovinović, H., Ovrha na novčanoj tražbini, 56 Zbornik PFZ, 685 (2006.), 697.

177 Detaljno vidi *ibid.*, 709-714.

178 Čl. 274.j st. 1. t. 2. OZ (1996); čl. 289. st. 1. t. 2. OZ (2010).

Predlagatelj osiguranja dužan je naplatiti prenesenu mu tražbinu, odnosno primiti njezino ispunjenje nakon što ona dospije. Ako je riječ o novčanoj tražbini, predlagatelj osiguranja dužan je na prijedlog protivnika osiguranja predati naplaćeni iznos na čuvanje sudu ili javnom bilježniku, osim ako je osigurana tražbina već dospjela. U tom slučaju može si zadržati dugovani iznos, a ostalo predati protivniku osiguranja.¹⁷⁹ Dakle, predlagatelj osiguranja mora novac kojeg je primio na ime fiducijarno prenesene tražbine predati na čuvanje sudu ili javnom bilježniku samo ako osigurana tražbina još nije dospjela i samo ako je to zatražio protivnik osiguranja.

Činjenica da je protivnik osiguranja nakon fiducijarnog prijenosa tražbine koja se prenosi radi osiguranja prestao biti vjerovnikom te tražbine, dok je istodobno vjerovnikom te tražbine postao predlagatelj osiguranja u izravnoj je koliziji s uređenjem ovrhe na tražbini, prema kojem sud u rješenju o ovrsi kojim određuje prijenos tražbine koja je predmet ovrhe, poziva dužnika te tražbine da dužni iznos položi kod suda,¹⁸⁰ odnosno javnog bilježnika,¹⁸¹ a ne da ju ispuni ovrhovoditelju. To je logično jer se ovrha inače provodi na tuđoj, tj. neprenesenoj tražbini. Sam prijenos tražbine proveden je dostavom rješenja dužniku tražbine koja je predmet ovrhe, nakon kojeg je ispunjenje tražbine ovlašten zahtijevati i ovrhovoditelj, ali ne sebi već u sudski polog, jer se ovrhovoditelj namiruje iz sredstava položenih kod suda, odnosno javnog bilježnika.¹⁸² Zbog toga je prijenos sporan.¹⁸³

Nema, međutim, dvojbe da je fiducijarno prenesena tražbina izišla iz imovine protivnika osiguranja i ušla u imovinu protivnika osiguranja. Predlagatelj osiguranja ovlašten je zahtijevati njezino ispunjenje i prije dospijeća osigurane tražbine, a u sudski polog je tada dužan staviti naplaćeni iznos samo na izričit zahtjev protivnika osiguranja. Istodobno, ako je osigurana tražbina dospjela, predlagatelj osiguranja ovlašten je naplatiti ju, zadržati dugovani iznos novca, a ostatak predati protivniku osiguranja. Stoga je upitno mogu li se odredbe o namirenju u ovrsi na novčanoj tražbini prijenosom radi naplate primijeniti i na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine,¹⁸⁴ tim više što su u čl. 274.j st. 1. t. 3 OZ (1996) uređene ovlasti

179 Čl. 274.j st. 1. t. 3. OZ (1996); čl. 289. st. 1. t. 3. OZ (2010).

180 Čl.160. st. 3. OZ (1996), novo uređenje vidi čl. 106. st. 2. OZ (2010).

181 Čl. 164. st. 1. OZ (1996), novo uređenje vidi čl. 106. st. 2. OZ (2010).

182 Čl. 170/1 OZ (1996), novo uređenje vidi čl. 111. st. 1. OZ (2010).

183 To stoga što proizlazi da ovrhovoditelj zapravo nije postao vjerovnik tražbine koja je predmet ovrhe jer ne može primiti njeno ispunjenje. Takvo uređenje ostavlja ozbiljno mjesto zaključku da tražbina u ovrsi nije prešla u imovinu ovrhovoditelja, iako ima mjesta i drukčijim zaključcima. U literaturi se upućuje na to da ovrhovoditelj nije postao vjerovnik tražbine, da on čak nije prijenosom tražbine radi naplate stekao niti materijalnoppravnu ovlast zahtijevati ispunjenje te tražbine, već da je stekao tek procesnu ovlast zahtijevati ispunjenje tražbine koja je predmet ovrhe i to tako da ju njezin dužnik ispuni polaganjem dužnog iznosa kod suda, odnosno javnog bilježnika. Tako Markovinović, H., *Ovrha na novčanoj tražbini*, 56, *Zbornik PFZ* 685, (2006.), 708, 709.

184 U literaturi se navodi i da se na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine primjenjuju odredbe o ovrsi na tražbini prijenosom radi naplate. V. Mihelčić, G., *Izvangsudsko namirenje stvarnopravno osiguranih tražbina (dokt. dis.)*, (Pravni fakultet u Zagrebu, 2011.), 400;

predlagatelja osiguranja u odnosu na fiducijarno prenesenu tražbinu koje treba smatrati posebnim odredbama (*lex specialis*) u odnosu na opće odredbe o namirenju na novčanoj tražbini u ovrsi.

Vezano uz pitanje mogu li se odredbe o ovrsi na tražbini prijenosom umjesto isplate primijeniti na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine, to je teško zamislivo. Naime, kod prijenosa umjesto isplate tražbina u postupku ovrhe prelazi s ovršenika na ovrhovoditelja, čime se on smatra namirenim ako u ovršnom postupku nije bilo više ovrhovoditelja.¹⁸⁵ S druge strane, fiducijarno prenesena tražbina već je u fazi osiguranja u imovini predlagatelja osiguranja, tako da u fazi namirenja ne može doći do ponovnog prijenosa radi namirenja. Istodobno, u čl. 274.j st. 1 t. 3 OZ (1996) jasno stoji da predlagatelj osiguranja ima ovlast naplatiti prenesenu tražbinu te se samim fiducijarnim prijenosom ne smatra da je on namiren. Fiducijarno se tražbina prenosi radi osiguranja. Namirenje naplatom te tražbine tek je posljedica činjenice da osigurana tražbina nije ispunjena o dospelosti.

I naposljetku, a vezano uz primjenu odredaba o ovrsi u odnosu na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine, valja zaključiti sljedeće. Za razliku od klasičnih pravila o namirenju koja uključuju pljenidbu, prijenos radi naplate i prijenos umjesto isplate, fiducijarnim prijenosom tražbine, ona prelazi s protivnika na predlagatelja osiguranja odmah, već u fazi osiguranja. Bez prijenosa tražbine nema ni odnosa fiducije, nema ni stvarnopravnog osiguranja. Stoga se u fazi namirenja ta tražbina ne može ponovo prenijeti. Jednostavno, vjerovnik-fiducijar, tj. predlagatelj osiguranja naplaćuje se iz fiducijarno prenesene tražbine ako mu osigurana tražbina ne bude o dospijeću ispunjena i to primanjem isplate od dužnika fiducijarno prenesene tražbine, sukladno čl. 274.j OZ (1996).

U OZ (2010) odredbe o ovrsi na novčanoj tražbini uređene su drukčije od opisanog uređenja prema OZ (1996). Novo uređenje trebalo bi stupiti na snagu 1. srpnja 2012., no pitanje je hoće li se to uistinu i dogoditi. Prema novom uređenju ovrha na tražbini provodi se pljenidbom, prijenosom i namirenjem. Prijenosom tražbine ovrhovoditelj stječe ovlast tražiti od ovršenikova dužnika isplatu iznosa naznačenoga u ovršnom nalogu, ako je taj iznos dospio, te obavljati sve radnje koje su potrebne radi očuvanja i ostvarenja prenesene mu tražbine, kao i koristiti se pravima u vezi sa zalogom koji je dan za osiguranje te tražbine.¹⁸⁶ Sam prijenos tražbine provodi se dostavom ovršnog naloga ili rješenja o ovrsi Agenciji, odnosno ovršenikovu dužniku. U tome nalogu poziva se ovršenikov dužnik da dužni iznos položi kod javnog ovršitelja uplatom na određeni račun i da ga o tome obavijesti.¹⁸⁷ Izgleda da prema novom uređenju tražbina koja je predmet ovrhe ne prelazi u imovinu ovrhovoditelja već on stječe samo privremenu ovlast zahtijevati njeno

Stuhne, Z., *Neki aspekti sudskog i javnobilježničkog osiguranja tražbine prijenosom prava, u: Zaštita vjerovnika: financijski, pravni i porezni aspekti*, (Josipović, T. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2007.), 173.

185 Čl. 171. st. 4. OZ (1996).

186 Čl. 104. OZ (2010).

187 Čl. 106. OZ (2010).

ispunjenje. On se može namiriti tek iz sredstava položenih kod javnog ovršitelja.¹⁸⁸ Razlika je u tomu da je dužnik tražbine koja je predmet ovrhe prema novom uređenju dužan ispuniti ju u polog javnom ovršitelju, sve ostalo u bitnome ostaje isto, osim što više nema prijenosa umjesto isplate, već je uređen samo prijenos radi naplate. Ovrhovoditelj na koga je tražbina prenesena namiruje se iz sredstava položenih kod javnog ovršitelja.¹⁸⁹

Ako se radi o tražbini na predaju stvari, posebno je u čl. 274.j st. 1. t. 3 OZ¹⁹⁰ (1996) propisano da ispunjenjem prenesene tražbine predlagatelj osiguranja postaje vlasnik stvari predajom koje je tražbina ispunjena. Čini se da bi to upućivalo da je stjecanjem vlasništva na stvari predajom koje je tražbina ispunjena, predlagatelj osiguranja zapravo namiren. Ostaje nejasno treba li predlagatelj osiguranja sada kao vlasnik stvari pristupiti prodaji te stvari radi namirenja, prema pravilima o ovrsi, nekom vrstom analogne primjene čl. 274.g st. 1 OZ (1996). *De lege ferenda* ovu bi dovođbu trebalo razjasniti izričitom zakonskom odredbom.

3. Namirenje iz fiducijarno prenesenih nematerijaliziranih vrijednosnih papira

U čl. 274.f st. 3 OZ (1996) propisano je da u slučaju da je riječ o nematerijaliziranim vrijednosnim papirima koji kotiraju na burzi ili drugom uređenom javnom tržištu, javni bilježnik može njihovo unovčenje povjeriti ovlaštenom društvu koje će prodaju izvršiti prema Zakonu o tržištu kapitala.¹⁹¹ To stoga što je pristup burzi ograničen,¹⁹² pa prodaju obavlja ovlašteno društvo u skladu s odredbama ZTK-a, u svoje ime, a za račun predlagatelja osiguranja, te nakon toga obavještava o prodaji javnog bilježnika.¹⁹³

B. Namirenje tražbina osiguranih fiducijarnom cesijom po obveznopравnim pravilima

Kada je riječ o tražbinama osiguranim prijenosom tražbina i drugih prava radi osiguranja prema pravilima obveznog prava, namirenje se provodi prema obveznopравnim pravilima iz čl. 89. ZOO-a koja su vrlo oskudna, te prema stvarnopравnim pravilima, kao što je to propisano u čl. 297. st. 2. ZV-a.¹⁹⁴

Namirenje prema obveznopравnim pravilima iz čl. 89. ZOO-a odnosi se samo na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine. Fiducijar je dužan brinuti se s pažnjom dobroga gospodarstvenika, odnosno dobroga domaćina o naplati fidu-

¹⁸⁸ Čl. 111. st. 1. OZ (2010).

¹⁸⁹ Više vidi Mihelčić, G., *Novine o ovrsi na novčanoj tražbini*, 6 PuG, 2010, str. 1472.-1486., posebno, str. 1478.-1780.

¹⁹⁰ Čl. 289. st. 1. t. 3. OZ (2010).

¹⁹¹ Zakon o tržištu kapitala NN 88/08, 146/08 i 74/09, dalje ZTK.

¹⁹² Čl. 301. ZTK.

¹⁹³ Čl. 274.g st. 4. OZ (1996), čl. 286. st. 4. OZ (2010).

¹⁹⁴ Prema čl. 297. st. 2. ZV, što je određeno za založno pravo primjenjivat će se na odgovarajući način i na prijenos vlasništva radi osiguranja, ako zakonom nije određeno drukčije.

cijarno prenesene tražbine, te nakon naplate, nakon što zadrži za sebe koliko je potrebno za namirenje vlastite tražbine prema ustupitelju, ovome predati višak.

Prema stvarnopravnim pravilima u načelu namirenje iz fiducijarno prenesenih prava, što uključuje i tražbine, provodi se sudskim putem, po pravilima o ovrsi radi naplate novčane tražbine.¹⁹⁵ Koja pravila o ovrsi će se u konkretnom slučaju primijeniti ovisi o naravi prava koje je preneseno radi osiguranja, kao predmetu ovrhe. Izvansudsko namirenje iz vrijednosti fiducijarno prenesenog prava moguće je ako je riječ o pravu koje se ne smatra nekretninom te ako je fiducijant takvo namirenje dopustio u pisanom obliku, odnosno, u slučaju trgovačkog ugovora, ako fiducijant takvo namirenje nije izričito isključio u trenutku fiducijarnog prijenosa.¹⁹⁶

1. Namirenje sudskim putem

Kada je riječ o pravu koje je preneseno radi osiguranja u načelu se namirenje provodi sudskim putem. Pored pravila iz ZV-a primjenjuju se odredbe o ovrsi na pravima, ovisno o tomu koja je narav prava koje je predmet osiguranja.¹⁹⁷ Imovinska prava koja nisu tražbine u pravilu se unovčuju primjenom pravila o prodaji pokretnina,¹⁹⁸ ako je, pak, riječ o tražbinama, primjenjuju se druga ovršna pravila. Način namirenja ovisi o naravi prava koje je preneseno radi osiguranja, što će uvjetovati i primjenu ovršnih pravila.

U odnosu prema sudskom i javnobilježničkom fiducijarnom osiguranju, u slučaju fiducijarnog osiguranja osnovanog prema pravilima obveznog prava, glavna je značajka da u pravilu nema ovršne isprave. Stoga, da bi se uopće moglo pristupiti namirenju iz fiducijarno prenesenog prava valja najprije ishoditi ovršnu ispravu, tj. pokrenuti parnični postupak u kojem će se utvrditi da osigurana tražbina nije namirena te da je radi njenog namirenja potrebno pokrenuti ovršni postupak u kojem će se fiducijant namiriti iz fiducijarno prenesenog prava. Tek kada se ishoditi ovršna isprava, moguće je pristupiti provedbi ovršnog postupka, tj. namirenju. Način namirenja, kao što je rečeno, ovisi o naravi prava koje je preneseno radi osiguranja.¹⁹⁹ Međutim, ovdje će se u postupku ovrhe uzeti u obzir činjenica da je pravo već preneseno radi osiguranja, tako da nije potrebno provoditi ovršne radnje pljevidbe i prijenosa, već samo ovršne radnje namirenja. S druge strane, u nedostatku pravila u ZOO-u i ZV-u o tome kako se uopće provodi fiducijarni prijenos pojedine vrste prava radi osiguranja, može nastati niz nedoumica u konkretnim slučajevima oko toga koja pravila o ovrsi uopće treba primijeniti i je li ih moguće primijeniti s obzirom na to kako je fiducijarni prijenos izvršen.

U čl. 336. st. 7. ZV-a posebno je uređena i mogućnost uspostave prinudne

¹⁹⁵ Čl. 336. st. 2. ZV.

¹⁹⁶ Sukladno čl. 336. st. 2. i čl. 337. st. 1. i 2. ZV.

¹⁹⁷ Čl. 274.g st. 1. OZ (1996); čl. 286. st. 1. OZ (2010).

¹⁹⁸ Čl. 200. OZ (1996); čl. 299. OZ (2010).

¹⁹⁹ Mihelčić, G., Položaj založnih vjerovnika u ostvarivanju prava na namirenje iz vrijednosti imovinskih prava kao objekta založnih prava, Pravo u gospodarstvu, 3/2009, str. 813- 825.

uprave, ako je založeno pravo koje je sposobno davati plodove i druge koristi. U tom slučaju založni vjerovnik ovlašten je od suda zahtijevati da uspostavi privremenu upravu i postavi upravitelja koji će biti ovlašten ubirati plodove i druge koristi, unovčavati ih te dobivene iznose polagati u sud radi namirenja iz tog pologa. To bi se moglo primijeniti i na fiducijarno preneseno pravo. Fiducijar bi mogao zahtijevati od suda postavljanje privremene uprave radi namirenja iz koristi koje daje fiducijarno preneseno pravo, sukladno čl. 336. st. 7. ZV-a.

U sudskom namirenju fiducijar ne može postati punopravnim nositeljem fiducijarno prenesenog prava te tako namiriti osiguranu tražbinu koja nije ispunjena o dospijeću. Prema čl. 307. st. 4. ZV-a ništetne su odredbe založnog ugovora da će zalog prijeći u vjerovnikovo vlasništvo, ako dug ne bi bio plaćen na vrijeme. Ako se to temeljem čl. 297. st. 2. ZV-a na odgovarajući način primijeni na prijenos vlasništva radi osiguranja, dolazi se do zaključka da fiducijar ne može postati punopravni nositelj fiducijarno prenesenog prava da bi se na taj način namirio, čak niti ako je to ugovoreno u sporazumu o fiduciji. Takva odredba sporazuma o fiduciji bila bi ništetna. U tomu da postane punopravni nositelj prava u slučaju neispunjenja osigurane tražbine onemogućavaju ga i pravila o ovrsi (koje bi se trebale primijeniti u svemu što nije riješeno ZV-om), budući da ni u tim odredbama nema načina da se ovrhovoditelj iz prava koje je predmet ovrhe namiri tako da postane njegovim nositeljem.

2. Izvansudsko namirenje

S obzirom na komplikacije koje mogu nastati u sudskom namirenju iz fiducijarno prenesenog prava te na potencijalnu dugotrajnost takvog postupka i određene nedoumice oko primjene propisa, svakako bi bilo dobro da se stranke fiducijarnog prijenosa dogovore o primjeni pravila o izvansudskom namirenju, tj. da fiducijant već u sporazumu o fiduciji ili naknadno pristane da se preneseno pravo izvansudski unovči, a ako je riječ o trgovačkom poslu, da to izrijeком ne isključi.²⁰⁰ U tome slučaju moguće je namiriti osiguranu tražbinu prodajom fiducijarno prenesenog prava na javnoj dražbi. Ako pravo ima burzovnu ili tržišnu cijenu, prema čl. 337. st. 4. ZV-a dopuštena je prodaja iz slobodne ruke, ali s tim da se mora provesti putem osobe koja je ovlaštena za prodaju na burzi.

Pitanje je može li se na javnoj dražbi prodati, tj. unovčiti i sama tražbina. Ako bi riječ bila o sudskom namirenju, sama tražbina se ne bi mogla prodati jer to onemogućuju pravila o ovrsi, o čemu je već bilo riječi. Međutim, ZV nema pravila koja bi onemogućavala, odnosno zabranjivala prodaju tražbine izvansudski, na javnoj dražbi. Stoga se može tvrditi da se prema ZV-u namirenje može provesti i prodajom fiducijarno prenesene tražbine.²⁰¹ Ako fiducijarno prenesena tražbina ima

²⁰⁰ Čl. 337. st. 1. i 2. ZV.

²⁰¹ I Gavella izgleda smatra da je i tražbinu moguće prodati na javnoj dražbi, sukladno pravilima ZV-a. Gavella, N., *et al.*, *Stvarno pravo*: 2. dio, (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 443.

burzovnu ili tržišnu cijenu, moguće bi ju bilo prodati i iz slobodne ruke putem osobe koja je ovlaštena na trgovanje takvim tražbinama.²⁰²

Inače, iz čl. 334. ZV-a proizlazi da je (kao i založni vjerovnik) fiducijar dužan učiniti što je potrebno da fiducijarno prenesenu tražbinu dužnik ispuni, te primiti njeno ispunjenje. Ako je riječ o nenovčanoj tražbini, pa ju dužnik ispuni tako da fiducijaru dade neku stvar koja je predmet te tražbine, fiducijar će postati fiducijarni vlasnik te stvari.²⁰³ U ovome slučaju dolazi do realne subrogacije i stvar sada stupa na mjesto fiducijarno prenesene tražbine. Fiducijar u tome slučaju namirenje može provesti prodajom te stvari prema pravilima ZV-a i pravilima o ovrsci na odnosnoj vrsti stvari. Prigodom primjene pravila o ovrsci valja voditi računa da je fiducijar kao ovrhovoditelj već fiducijarni vlasnik stvari i tome prilagoditi ovršne radnje.

Ako je, s druge strane, riječ o novčanoj tražbini, iz čl. 334. st. 4. ZV-a proizlazi da je fiducijar ovlašten primiti novac na ime ispunjenja fiducijarno prenesene tražbine te ga položiti u sudski polog. No, ako je osigurana tražbina dospjela, ovlašten je od primljenog novca zadržati koliko mu pripada i ostatak predati fiducijantu. To uređenje poklapa se s pravilom iz čl. 89. ZOO-a u kojem je vrlo općenito uređeno namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine, pa nema kolizije između pravila ZOO-a i ZV-a. Ako je riječ o pravu koje daje plodove ili druge koristi ili je riječ o tražbini, namirenje se provodi i prijebijem *ex lege*, s koristima koje takvo pravo ili tražbina daju.²⁰⁴ Do prijebija dolazi i prije dospijeca osigurane tražbine.

Prema pravilima ZV-a izgleda da ni u slučaju izvansudskog namirenja nema mogućnosti da fiducijar zadrži preneseno mu pravo ako mu osigurana tražbina ne bude namirena o dospijecu. Naime, ZV ne sadrži pravila koja bi stvorila pravnu osnovu za takvo namirenje. Kao što je već rečeno za sudsko namirenje, i kod izvansudskog namirenja odgovarajućom primjenom čl. 297. st. 2. ZV-a, dolazi se do zaključka da komisorno namirenje nije dopušteno, a kad bi bilo ugovoreno u sporazumu o fiduciji, radilo bi se o ništetnom uglavku. Sigurno je i ovo jedan od odlučnih razloga zašto je u praksi fiducijarno osiguranje osnovano prema pravilima obveznog i stvarnog prava rijetkost.

C. Namirenje fiducijarnog financijskog osiguranja

Financijsko osiguranje donekle je specifično jer naglašava jednostavne oblike namirenja koji zahtijevaju najmanji trošak i najmanje aktivnosti. To su s jedne strane prijebij, odnosno *close-out netting*, i s druge aproprijacija, tj. komisorno namirenje.

Netting je ključan pojam na financijskom tržištu jer višestruko smanjuje kontinuiranu izloženost, i stoga predstavlja samostalnu metodu upravljanja rizicima. Nedostatak i otežavanje netiranja stoga je neprihvatljivo.²⁰⁵ S obzirom na to da je vjerovnik stekao kolateral u vlasništvo, ako nakon njegovog raspolaganja dođe do

202 Arg. ex čl. 337. st. 4. ZV.

203 Arg. ex čl. 334. st. 4. ZV

204 Čl. 337. st. 4. i 5. ZV.

205 V. Benjamin, J., *Financial law* (Oxford University Press, Oxford, 2007.), 264.

ispunjenja pretpostavki za ostvarenje instrumenta osiguranja, tj. do zakašnjenja, a istodobno postoji obveza primatelja instrumenta osiguranja na isporuku zamjenskog instrumenta osiguranja, moguć je prijevremeni prestanak obveza.²⁰⁶ Tu se radi o ugovornom akceleriranom dospijeću kod kojeg se sve obveze svode na jedinstveni neto iznos.²⁰⁷

Članak 6. st. 3. ZFO-a je nejasan jer predviđa da je, ukoliko nije drugačije ugovoreno, prijevremeni prestanak moguć bez da bi o tome primatelj instrumenta osiguranja morao prethodno obavijestiti davatelja, bez da bi morao čekati da istekne određeno dodatno vrijeme, bez da bi morao organizirati javnu dražbu ili pribaviti bilo čije dopuštenje za prodaju. Ta je odredba u bitnome identična onoj iz čl. 5. st. 5. ZFO-a kod založnog pravnog financijskog osiguranja, kod kojeg je predviđena mogućnost izvansudske prodaje ili prisvojenja. Kod fiducijarnog financijskog osiguranja ZFO kao niti FCD ne predviđa izvansudsku prodaju niti komisorno namirenje, nego *close-out netting*. U kontekstu toga citirana odredba koja spominje javnu dražbu, odnosno prodaju nema smisla.

Razlog zbog kojeg FCD ne govori o komisornom namirenju, a pogotovo dražbi kod fiducijarnog financijskog osiguranja je što se radi o potpunom prijenosu vlasništva, pa nema mjesta prisvajanju niti prodaji. S obzirom na to da odredba čl. 6. FCD-a nameće dužnost prihvaćanja instituta kao takvog, otklonjena je mogućnost rekarakterizacije i eventualne primjene pravila o založnom pravu (s navedenim ograničenjima).

Ono što je, međutim, posebno zanimljivo, jest konstrukcija posebnog založnog prava iz čl. 5. ZFO-a iz perspektive fiducije. Iako je financijsko osiguranje *sui generis* tip osiguranja on pokazuje obilježja koja su najbližnja fiducijarnom prijenosu modificiranom na način da se za vjerovnika uspostavlja pravo na supstituciju. Pravo korištenja kolaterala tu svakako najviše pridonosi,²⁰⁸ zajedno s mogućnosti prijeloja.²⁰⁹ Jednako tako i odstupanje od tradicionalnih pravila namirenja (zabrana

206 Čl. 6. st. 2. ZFO. Netiranje je definirano kao obračun sadašnjih ili budućih plaćanja, obračun obveza na isporuku ili obračun prava koja proizlaze iz jednog ili više ugovora o određenom financijskom poslu pri čemu obračunavanje može značiti prestanak ili ukidanje, ili prijevremeno dospijeće obveze za plaćanje i isporuku, ili na stjecanje kakvog drugog prava. Obračunavanje može značiti i izračun ili procjenu jedinstvene, tržišne, likvidacijske ili zamjenske vrijednosti u svezi s jednom ili više obveza ili prava, a može značiti i konverziju u jednu valutu i/ili utvrđivanje neto iznosa obveze, bilo putem prijeloja ili na koji drugi način. Čl. 2. st. 1. t. 14. ZFO.

207 Definicija iz čl. 2. st. 1. t. 13. navodi da je to mogućnost da po nastupanju pretpostavke za ostvarenje instrumenta osiguranja odgovarajuće obveze ugovornih strana postanu dospjele i izražene u novcu kao obveze plaćanjem, obračunavanjem, prijelojem ili na koji drugi način, ukoliko je tako predviđeno ugovorom, okvirnim ugovorom, općim uvjetima poslovanja, ZFO-om ili drugim propisom, pri čemu se uzima u obzir koliko je jedna strana dužna drugoj te nastaje obveza plaćanja neto razlike iznosa onoj strani čija je tražbina veća.

208 Primatelj instrumenta osiguranja dužan je najkasnije na dan dospjeća osigurane tražbine vratiti isti ili pribaviti zamjenski instrument osiguranja koji stupa na mjesto i dobiva jednak pravni položaj izvornog instrumenta osiguranja kojim je raspolagao. Čl. 5. st. 2. ZFO.

209 Primatelj instrumenta osiguranja može svoju obvezu pribavljanja zamjenskog instrumenta osiguranja na odgovarajući način procijeniti, izraziti u novčanom iznosu i izvršiti prijeloj

komisornog namirenja, izvansudsko namirenje),²¹⁰ pa i samo ukidanje formalnosti približava ovo založno pravo fiducijarnom osiguranju.

VI. ZAKLJUČAK

Uređenje prijenosa prava radi osiguranja u hrvatskom pravu obilježeno je nizom nedorečenosti i nedovršenosti. Iako se na prvi pogled čini kao da se radi o jednostavnom institutu, prijenos prava radi osiguranja je slojevito i zbog toga komplicirano uređeno u hrvatskom pravu. To je djelomično posljedica povijesnoga razvoja, ali i neusmjerene zakonodavne politike, koja ne samo da prilikom uređivanja ovog instituta nije vodila računa o osobitostima objekta osiguranja, već nije vodila niti računa o interoperabilnosti odredbi pojedinih propisa. Činjenica ostaje da je odnos između različitih dijelova pravnog sustava i dalje nejasan. U vrijeme kada je donesen ZOO (1978) koji rudimentarno sadržava odredbe o cesiji radi osiguranja, situacija je bila svakako drugačija od one tijekom posljednjeg desetljeća u kojem su izrađeni i novi ZOO, kao i ZU, ZFO, izmjene OZ (1996) i konačno novi OZ (2010). Česte promjene i nesređenost izvora kod fiducijarnog osiguranja svakako nisu pridonijeli afirmaciji ovih osiguranja.

Analiza uglavnom pokazuje da je to posljedica i činjenice da je osiguranje na imovinskim pravima uređeno bez jasnih obrazaca financiranja koji bi bili uvjetovani kompleksnijim modelima poslovanja. To ne iznenađuje zbog toga jer se ipak radi o tranzicijskom pravnom i gospodarskom sustavu koji u relativno kratkom razdoblju nije mogao kompenzirati nedostatke koji su nastajali desetljećima. Namjera zakonodavca da ovo područje uredi svakako je korisna, i zbog toga se ne može reći da u hrvatskom pravu, kao u nekim pravnim sustavima, izostaje uređenje osiguranja na pravima. Međutim, fiducijarno, a i založnopravno, osiguranje na pravima ipak trpi više prigovora, no što je to primjereno jednom suvremenom pravnom sustavu koji pretendira pružiti infrastrukturu za razvijeno financijsko poslovanje.

Na koncepcijskoj razini, fiducijarni prijenos prava ima nejasno uređeni odnos prema založnom pravu (odnosno obrnuto), kao i djelomično prema prodaji. Ti problemi nisu jedinstveni za hrvatsko uređenje, ali u našem pravu još nisu dostatno prepoznati. Pored toga, temeljne poluge za financiranje tražbinama, kao što je prijenos budućih tražbina i revolvirajuće, flotantno osiguranje, posebno u kontekstu uloge notifikacije i dalje ostaju sporni, pogotovo zbog relativno krute interpretacije nadležnih tijela. Razvoj osiguranja na pravima i odluke oko opsega osiguranja u ovom segmentu ključne su za razvoj i jednostavnih struktura kao što je factoring i

davatelju s dospelom tražbinom osiguranom instrumentom osiguranja, pa i onda kada pretpostavke za ostvarenje instrumenta osiguranja nastupe prije trenutka od kojega je ugovorom bilo predviđeno da je primatelj dužan pribaviti zamjenski instrument osiguranja. U tom slučaju uzima se u obzir koliko je jedna strana dužna drugoj, te se među tim iznosima izvršava prijebaj, odnosno obračunavanje te preostaje isključivo obveza plaćanja neto razlike iznosa onoj strani čija je tražbina veća. Čl. 5. st. 3. ZFO.

210 Čl. 5. st. 4. ZFO.

komplikiranih struktura kao što je sekuritizacija. I poredbenopravno gledano ključni problemi bili su koncentrirani oko istih pitanja, pa nije za očekivati drugačiji razvoj u Hrvatskoj.

S tim u vezi treba ukazati da hrvatsko pravo ne prihvaća kao temeljno razlikovanje između fiducijarne cesije i založnog prava na pravu, već razlikovanje koje se više temelji na tome radi li se o registriranom ili neregistriranom osiguranju. Fiducijarna cesija može biti utemeljena i na pravilima ZOO-a, i na pravilima o ovršnopravnom (sudskom, odnosno javnobilježničkom) osiguranju, ali samo kod sudske, odnosno javnobilježničke fiducijarne cesije, postoji konstitutivan upis u Upisnik. Takvo uređenje ne odražava dosljedan zakonodavni stav, kao uostalom i kod šireg pitanja funkcije fiducijarne cesije u sustavu osiguranja. U odnosu na založno pravo fiducijarno osiguranje je agresivnije i ekskluzivnije, ali zbog toga svakako manje prilagođeno samoj osiguravajućoj funkciji.

To se dobro vidi kod financijskog osiguranja. Razvoj toga tipa osiguranja bio je posljedica prihvaćanja europske pravne stečevine, ali je istodobno pridonio razvoju trenda približavanja založnog i fiducijarnog osiguranja. Kod financijskog osiguranja to je najočitiije, jer se uistinu radi o hibridnom institutu. Ono i kod založnog tipa pokazuje sličnosti s fiducijarnim osiguranjem, zbog čega je financijsko osiguranje preferirano u poredbenoj i međunarodnoj poslovnoj praksi. Kod ostalih je objekata osiguranja to manje izraženo, tim više ako se radi o manje likvidnim pravima.

Slijedom ovih razmišljanja, posebno uzevši u obzir primjenu „na odgovarajući način”, koja otvara mogućnost ozbiljnih interpretativnih dvojbi, *de lege ferenda* svakako bi bilo dobro razmisliti o manje sustavnom, ali detaljnijem i izdvojenom uređenju. Prethodno bi trebalo razmotriti i položaj fiducijarnog osiguranja u pravnom sustavu općenito kao i njegov napeti odnos prema založnom pravu.

Summary

SECURITY OF CLAIMS BY TRANSFER OF RIGHTS – AMBIGUITIES AND IMPERFECTIONS

The authors in the article discuss the institute of fiduciary transfer of rights making comparison between different solutions with respect to numerous legal sources in Croatian law (Property Act, Civil Obligations Act, Execution Act, Financial Collateral Act etc.), as well as with respect to amendments of these regulations in last fifteen years. The authors analyse issues concerning the object of fiduciary security and methods of its establishment especially emphasizing the issue of mandatory registration and notification as well as relations between certain methods. The authors scrutinize legal positions of parties during the life of collateral, for example the issues arising from execution of the fiduciarily transferred right as well as from exercising the transferred right and correlated priority relationships. Moreover, the authors scrutinize in details the proceedings of settlement with fiduciarily transferred right particularly stressing the issues arising from implementation of general rules on execution in fiduciary relationship. A special attention has been given to all segments of relationship between fiduciary security and security by pledge with respect to a central position of pledge in Croatian real property system. Specificities have been pointed out in case of security of claims due to the fact that we are dealing with an archetype of property law as well as of financial collateral due to special regulations created by the implementation of European Law.

Key words: *fiduciary, fiduciary cession, security of claims by transfer of rights, financial collateral, register.*

Zusammenfassung

RECHTEÜBERTRAGUNG WEGEN VERSICHERUNG – UNVOLLSTÄNDIGKEITEN UND UNKLARHEITEN

In der Arbeit besprechen die Autoren das Institut der fiduziarischen Rechteübertragung, wobei sie unterschiedliche Bechlüsse bezüglich mehrfacher Quellen im kroatischen Recht (Eigentumsgesetz, Gesetz über Pflichtverhältnisse, Vollstreckungsgesetz, Gesetz über Finanzversicherung u.A), sowie bezüglich Änderungen dieser Vorschriften während der letzten fünfzehn Jahre vergleichen. Die Autoren analysieren die auf das Objekt der Treuhänderversicherung und auf Gründungsmethoden bezogenen Probleme, wobei sie insbesondere die Frage der Registrierungs- und Notifikationspflicht und Verhältnisse zwischen einzelner Methoden betonen. Die Autoren betrachten die Rechtslage der Parteien während der Versicherungsdauer, und zwar die Fragen, die sowohl mit Erfüllung der fiduziarischen Rechteübertragung als auch mit Verfügung über dieses Recht und mit dazu gebundenen Prioritätsverhältnissen verbunden sind. Abschließend bearbeiten die Autoren detailliert auch das Vergütungsverfahren aus dem fiduziarisch übertragenen Recht, wobei sie die Probleme der Anwendung von allgemeinen vollstreckungsrechtlichen Regeln an das fiduziarische Verhältnis betonen. In allen Teilbereichen schenkt man besondere Aufmerksamkeit dem Verhältnis zwischen der Treuhänder- und Pfandversicherung bezüglich der Zentralstellung vom Pfandrecht im kroatischen sachlich-rechtlichen System. Die Besonderheiten werden bei der Forderungsversicherung betont, da es sich um das Archetyp des Vermögensrechtes handelt, sowie bei der Finanzversicherung wegen der durch Implementierung des EU-Rechtes wiedergestellten besonderen Regelung.

Schlüsselwörter: *Fiduziarität, fiduziarische Zession, Rechteübertragung wegen Versicherung, Finanzversicherung, Register*

Riassunto

**TRASFERIMENTO DEL DIRITTO A FINI DI GARANZIA
– VAGHEZZE ED INCOMPIUTEZZE**

Gli autori nel lavoro dibattono dell'istituto del trasferimento fiduciario del diritto, comparando all'uopo le differenti soluzioni rispetto alle numerose fonti del diritto croato (legge sulla proprietà, legge sui rapporti di obbligazione, legge sull'esecuzione forzata, legge sulla garanzia finanziaria ed altre), come pure rispetto alle modifiche che siffatte normative hanno vissuto nell'arco degli ultimi quindici anni. Gli autori analizzano i problemi che riguardano l'oggetto della garanzia fiduciaria ed i metodi di costituzione, rilevando soprattutto la questione dell'obbligatorietà della registrazione e della notificazione, come anche la questione del rapporto tra i singoli metodi. Gli autori esaminano la posizione giuridica delle parti durante la durata della garanzia, valutando sia le questioni concernenti l'esecuzione del diritto fiduciariamente trasferito, sia le questioni riguardanti la disponibilità di detto diritto ed i rapporti prioritari connessi. Da ultimo, gli autori vagliano dettagliatamente anche le procedure di soddisfacimento del diritto fiduciariamente trasferito, osservando all'uopo i problemi di applicazione delle regole generali dell'esecuzione forzata al rapporto fiduciario. Particolare attenzione è dedicata a tutti i segmenti del rapporto tra garanzia fiduciaria e reale con riferimento alla centralità del ruolo che nel diritto reale croato riveste il diritto reale di garanzia. Peculiarità emergono circa la garanzia del credito, posto che si tratta dell'archetipo del diritto patrimoniale, come anche circa la garanzia finanziaria in ragione della particolare disciplina dovuta all'attuazione del diritto europeo.

***Parole chiave:** fiducia, cessione fiduciaria, trasferimento del diritto a scopo di garanzia, garanzia finanziaria, registro.*

OVLAST NA PRISILNO NAMIRENJE ZASTARJELE ZALOŽNOPRAVNE TRAŽBINE

Dr. sc. Gabrijela Mihelčić, docent,
Iva Tuhtan Grgić, dipl. iur.
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.466
Ur.:10. veljače 2012.
Pr.: 23. veljače 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Autorice analiziraju dopuštenost prisilnog ostvarenja zastarjele tražbine prema općim pravilima ZOO-a o zastari. Apostrofiraju pravila iz čl. 222., čl. 240. i čl. 220. ZOO i uspoređuju ih s pravilima kojima je ovo pitanje uređeno na poredbenopravnoj razini te u pravilima sadržanim u DCFR-u i Landovim načelima. Razmatra se i utjecaj stranačkih dispozicija na dopuštenost prisilnog ostvarenja zastarjele tražbine. Obveznopravna pravila koja uređuju materijalnu zastaru promatraju se u vezi s pravilima stvarnoga prava koja uređuju založnopravno osiguranje. Na kraju se navode zaključci i predlažu rješenja de lege ferenda.

Ključne riječi: zastara, založno pravo, prisilno namirenje.

I. UVOD

O ovlasti vjerovniku da prisilno namiri zastarjelu založnopravnu tražbinu u hrvatskom je pravu moguće govoriti s aspekta općih pravila obveznog prava kojima je uređena zastara u njezinu materijalnom značenju i koja se nalaze u Zakonu o obveznim odnosima.¹ U načelu, vjerovnik čija je tražbina zastarjela nije ovlašten namiriti tražbinu prisilnim putem. Međutim, ovo je pitanje drukčije uređeno kada je riječ o prisilnom namirenju zastarjele tražbine koja je osigurana založnim pravom. Općim pravilima ZOO-a predviđeni su sljedeći slučajevi koji se tiču ostvarenja zastarjelih založnopravnih tražbina:

Temeljno pravilo je ono iz čl. 222. ZOO. Prema njemu se, vjerovnik čija je tražbina osigurana zalogom ili hipotekom može, i kada nastupi zastara, pod određenim pretpostavkama namiriti prisilnim putem iz opterećene stvari. Predviđena su posebna pravila o opsegu namirenja.

Pitanje dopuštenosti prisilnog namirenja zastarjele tražbine osigurane založnim pravom može biti u vezi s odricanjem od zastare. Premda, odricanje od zastare nije

¹ Narodne novine br. 35/05, 41/08 i 125/11, dalje: ZOO.

dopušteno prije negoli zastara nastupi (čl. 219. ZOO), nakon nastupa zastare dužnik je ovlašten odreći je se i na taj način, zapravo, omogućiti vjerovniku namirenje zastarjele tražbine. Zastare se dužnik može odreći na neki od zakonom predviđenih načina, a između ostalog, i tako da zastarjelu tražbinu osigura založnim pravom (čl. 220. ZOO).

U vezi je s pitanjem dopuštenosti prisilnog ostvarenja zastarjele tražbine i slučaj iz čl. 240. ZOO. Njime je uređeno priznanje duga kao razlog prekida zastare. S naslova priznanja duga, dužnik može osnovati i založno pravo i tako priznati dug. Priznanje duga ima za posljedicu prekid zastare. Za razliku od odricanja od zastare, u slučaju priznanja duga tražbina koja se priznaje nije zastarjela. Kada zastara nastupi, budući da je tražbina osigurana založnim pravom, vjerovnik će biti ovlašten takvu tražbinu ostvariti prisilnim putem.

Između navedenih slučajeva postoje značajne razlike. Najizraženije su obzirom na sljedeća pitanja: a) je li u trenutku nastupa zastare tražbina osigurana založnim pravom? te b) kako je uređen opseg prisilnog namirenja, odnosno je li dopušteno prisilnim putem namiriti zastarjelu tražbinu glavnice, kamata i troškova? U vezi je s potonjim pitanjem i je li založni vjerovnik ovlašten posegnuti u preostalu imovinu osobnog dužnika u slučaju kada se iz vrijednosti predmeta založnog prava ne namiri u cijelosti.

Promatra li se nastup zastare i s tim u vezi dopuštenosti prisilnog ostvarenja zastarjele tražbine, u odgovoru na prvo pitanje, može se govoriti o dva slučaja. U prvom je slučaju u trenutku nastupa zastare tražbina već osigurana založnim pravom. Njezino je namirenje dopušteno s naslova čl. 222. ZOO. O tom slučaju riječ je: a) kada je tražbina izvorno osigurana založnim pravom i b) kada je založno pravo osnovano naknadno i s učincima priznanja duga za vrijeme roka zastare, dakle dok zastara još uvijek nije nastupila (čl. 240. ZOO). Premda između navedenih slučajeva postoje određene razlike,² u odnosu na pitanje dopuštenosti prisilnog namirenja zastarjelih tražbina, zapravo, ih i nema. Tražbina je, naime, nakon što je nastupila zastara osigurana i kao takva (osigurana zastarjela založna tražbina) udovoljava pretpostavkama iz čl. 222. ZOO za dopuštenost prisilnog namirenja.

Drukčiji je od navedenih slučajeva onaj iz čl. 220. ZOO. U tom slučaju tražbina u času nastupa zastare nije osigurana založnim pravom. Riječ je o hirografernoj tražbini koja se nastupom zastare pretvorila u naturalnu tražbinu i čije prisilno namirenje nije dopušteno. Vjerovnik ne bi bio ovlašten tražbinu namiriti prisilnim putem, ali to iznimno može, jer se dužnik zastare odrekao i založnim pravom osigurao zastarjelu tražbinu. Dođe li do zastare te tražbine i ona će se, u konačnici, naći u dosegu pravila iz čl. 222. ZOO.

Osim navedenih različitosti, predmetne slučajeve razlikuje i pitanje opsega namirenja zastarjele založnopravne tražbine. Izraženo je s obzirom na dopuštenost namirenja zastarjele tražbine osigurane založnim pravom u cijelosti. Pravila obveznog prava u ovom smislu predviđaju dvije varijante i dijelom su drukčija

2 Različito je to, što je kao posljedica prekida zastare, u slučaju uređenom čl. 240. ZOO, nominalno, vrijeme zastare trajalo dulje.

od pravila stvarnog prava koja uređuju namirenje tražbine osigurane založnim pravom. Za razmjere uvoda treba upozoriti na dva temeljna pravila stvarnog prava o namirenju založnih vjerovnika iz vrijednosti zaloga. Riječ je o pravilu prema kojem založno pravo, osim glavnice, ujedno osigurava i namirenje iz vrijednosti zaloga sporednih tražbina, kamata, troškova za očuvanje stvari i troškova naplate tražbine (čl. 301/3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima).³ Te o pravilu iz čl. 336/5. ZV prema kojem je založni vjerovnik ovlašten, u slučaju kada se nije u cijelosti namirio iz vrijednosti zaloga, namiriti iz preostale imovine dužnika. Odnosno, ako se zalog proda za više od vjerovnikove tražbine, višak je dužnikov.

Kako bi se odgovorilo na postavljena pitanja, u radu će se navedena uređenja analizirati i usporediti s rješenjima u određenim poredbenopravnim sustavima. Verifikacija uočenih rješenja omogućit će zaključak ostvaruje li se predviđenim rješenjima svrha instituta i postoji li potreba redefiniranja pojedinih rješenja. Ako da, označit će se razvojne smjernice *de lege ferenda*.

II. PRISILNO OSTVARENJE ZASTARJELE ZALOŽNOPRAVNE TRAŽBINE

1. Prisilno ostvarenje zastarjele založnopravne tražbine kada je tražbina u trenutku nastupa zastare osigurana založnim pravom

1.1. Prisilno ostvarenje zastarjele založnopravne tražbine prema pravilu iz čl. 222. ZOO

Prema ovlaštenju iz čl. 222/1. ZOO, kad protekne vrijeme zastare vjerovnik čija je tražbina osigurana zalogom ili hipotekom može se namiriti iz opterećene stvari, ako je drži u rukama ili ako je njegovo pravo upisano u javnoj knjizi. Međutim, zastarjela tražbina kamata i drugih povremenih davanja ne može se namiriti niti iz opterećene stvari (čl. 222/1. ZOO).

Ovo pravilo sadrži iznimku od pravila prema kojem nije dopušteno prisilnim putem namiriti zastarjelu tražbinu. Promatra li se kroz prizmu pravnih učinaka materijalne zastare, a u vezi s pitanjem postojanja tražbine, ono ima odgovarajuće mjesto u konstrukciji instituta prema obveznopravnim pravilima. To zato što nastupom materijalne zastare obveza (tražbina) ne prestaje.⁴ Već se pretvara u tzv.

3 Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09, dalje: ZV.

4 VUKOVIĆ, M., *Opći dio građanskog prava*, Knjiga II, Školska knjiga, Zagreb, 1960., str. 218.-219. RASPOR, A., *Zastara, Sistemski prikaz po Zakonu o obveznim odnosima i po drugim zakonima sa sudskom praksom*, Informator, Zagreb, 1982., str. 1. VIZNER, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga II., Zagreb, [s.n.], 1978.-1979., str. 1285. i dalje. KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 182. SLAKOPER, Z., GORENC, V., uz suradnju: BUKOVAC PUVAČA, M., *Obvezno pravo*, Opći dio, Novi informator, Zagreb, 2009., str. 141., dalje: SLAKOPER, et al., *Obvezno*. RASPOR, A., *Zastara, Sistemski prikaz po Zakonu o obveznim odnosima i po drugim zakonima sa sudskom praksom*, Informator, 1982., str. 1.

neutuživu ili naturalnu obvezu (tražbinu) koju dužnik može dobrovoljno ispuniti (v. čl. 221. ZOO). Ali koju vjerovniku nije dopušteno ostvariti prisilnim putem. Odnosno, iznimno je dopušteno pod sljedećim pretpostavkama: a) ako je tražbina osigurana zalogom ili hipotekom i b) ako vjerovnik opterećenu stvar drži u rukama ili je njegovo pravo upisano u javnoj knjizi. U smislu čl. 222. ZOO tražbina treba biti osigurana založnim pravom prije negoli je nastupila zastara.

Pravilo iz čl. 222. ZOO, nesumnjivo, govori o založnom pravu. Odnosno, pretpostavka za primjenu ovog pravila i dopuštenost prisilnog namirenja je da je tražbina osigurana založnim pravom. Zato se ovo pravilo ne može primijeniti za tražbine osigurane drugim stvarnopravnim sredstvima osiguranja.⁵

Iako, nesumnjivo, govori o založnom pravu, čl. 222. ZOO, zapravo, izrijeком govori o „zalogu“ i „hipoteci.“⁶ Zalog i hipoteka podvrste su založnog prava koje je, prema općem stvarnopravnom uređenju, jednovrsno. Odredba čl. 222. ZOO zahtijeva i da vjerovnik „opterećenu stvar drži u rukama ili da je njegovo pravo upisano u javnoj knjizi.“ Treba li iz ovakve stipulacije zaključiti da se pravilo odnosi samo na tražbine navedenih podvrsta založnog prava? I to samo uz pretpostavku da vjerovnik ima zalog u rukama, odnosno da je založno pravo upisano u javnoj knjizi. A radi čega ne bi bilo dopušteno prisilno namirenje zastarjelih tražbina preostalih podvrsta založnog prava.

Zauzeti takvo stajalište značilo bi pravilo tumačiti protivno njegovu smislu. *Ratio* je odredbe omogućiti založnim vjerovnicima da se namire prisilnim putem, neovisno o tomu što su njihove tražbine zastarjele.⁷ Nema, stoga, razloga dopuštenost prisilnog namirenja zastarjelih tražbina osiguranih založnim pravom dovoditi u vezu s: a) predmetom osiguranja ili b) podvrstom založnog prava.⁸ Jednako je irelevantno za to je li založni vjerovnik ovlašten namiriti se iz zaloga ili nije pitanje ima li

5 Postoje i drukčija mišljenja, npr. da je dopušteno prisilno namirenje zastarjele tražbine osigurane pravom retencije. ČESIĆ, Z., GORENC, V., KAČER, H., MOMČINOVIĆ, H., PAVIĆ, D., PERKUŠIĆ, A., PEŠUTIĆ, A., SLAKOPER, Z., VIDOVIĆ, A., VUKMIR, B., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, 2005., dalje: GORENC, et al., Komentar., str. 305. Ili zastarjele tražbine fiducijarnog osiguranja. KAČER, H., RADOLOVIĆ, A., SLAKOPER, Z., Zakon o obveznim odnosima s komentarom, Poslovni zbornik, Zagreb, 2006., str. 242. Ovo otvara prostor razmisliti o tim rješenjima *de lege ferenda*.

6 Ovakvo je razlikovanje derogirano stupanjem na snagu novog stvarnopravnog uređenja. Trebalo bi koristiti naziv „založno pravo,“ jer ne postoje razlozi za abrogaciju arhaičnog ZOO-ovsko nazivlja iz 1978., Sl. list SFRJ, br. 29/78., 39/85., 46/85., 45/89 i 57/89, dalje: ZOO 1978.

7 Prema pravilima stvarnog prava, u cilju osiguranja tražbine, založnim pravom može se opteretiti bilo koja stvar ili subjektivno imovinsko pravo koji su podobni biti objektom založnog prava. S tim da ovlast založnih vjerovnika na prisilno namirenje tražbine iz vrijednosti zaloga čini sadržaj založnog prava. Nije pri tomu odlučno kojom je podvrstom založnog prava tražbina osigurana i na kojem je predmetu osiguranja založno pravo osnovano. Razlike postoje obzirom na način i sredstva namirenja, ali ne i u odnosu na ovlast za prisilno namirenje. Privilegiranje hipotekarnih vjerovnika i vjerovnika ručnog zaloga suprotno je pravilima stvarnog prava i pravnoj naravi instituta.

8 Imajući u vidu pravni temelj založnog prava kao kriterij diferencijacije, zastarjela tražbina može biti osigurana bilo kojom podvrstom založnog prava.

neposredni posjed zaloga ili ne.⁹

Drukčije je od pravila stvarnog prava, i u tom dijelu predstavlja posebno pravilo, pravilo iz čl. 222/2. ZOO koje se odnosi na opseg namirenja založnog vjerovnika. Naime, kao svojevrсна sankcija za propuštanje založnog vjerovnika da tražbinu namiri prije nastupa zastare, opseg namirenja zastarjele tražbine reduciran je u dva pravca. Tako, je vjerovniku dopušteno prisilno namiriti samo glavnica zastarjele tražbine, ali ne i zastarjele tražbine kamata i troškova. Daljnje ograničenje predstavlja implikacija pravila na namirenje iz tzv. preostale imovine dužnika. Neovisno, naime, je li osobni dužnik istodobno i založni dužnik vjerovnika, njegova odgovornost za namirenje zastarjele založne tražbine seže samo do vrijednosti zaloga.¹⁰ Ne namiri li vjerovnik iz vrijednosti zaloga dugovanu glavnica zastarjele tražbine ne može razliku do punog namirenja namirivati iz preostale imovine dužnika. Čime je pitanje *hyperoche* restriktivno uređeno.

Opisana rješenja slična su onima iz austrijskoga i njemačkoga prava. Posebno iz austrijskoga prava, što ne čudi kada se zna da su ta rješenja služila kao uzor hrvatskom zakonodavcu. I prema §. 1483. austrijskoga Građanskog zakona (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*)¹¹ vjerovnik koji ima zalog u rukama (*Pfand in Händen*) može se namiriti iz založene stvari neovisno o tomu što je njegova tražbina zastarjela.¹² Dopuštenost prisilnog namirenja zastarjele tražbine dovodi se u vezu s: a) podvrstom založnog prava kojim je tražbina osigurana (zastarjela tražbina mora biti osigurana ručnim zalogom) i b) posjedom stvari (vjerovnik treba imati zalog u rukama). Otuda, zapravo, i model koji slijedi naš zakonodavac. Međutim, redaktori ZOO-a, izgubili su iz vida da austrijsko pravo ne poznaje određena sredstva stvarnopravnog osiguranja koja naše pravo uređuje (npr. fiducijarno osiguranje), odnosno da austrijsko pravo ne poznaje neke podvrste založnog prava koje postoje u našem pravu (npr. mobiljarnu hipoteku). Pa ih se zato nije niti moglo uključiti u §. 1483. ABGB. S tim da je austrijsko uređenje još restriktivnije, jer govori samo o zalogu koji vjerovnik ima u rukama što upućuje na to da je dopušteno namiriti zastarjelu tražbinu ručnog zaloga pod pretpostavkom da vjerovnik ima zalog u rukama. Ispuštena su založna prava upisana u odgovarajuće evidencije (primarno, hipoteke). Ne treba, međutim, zaboraviti da se pravila o ručnom zalogu u austrijskom pravu primjenjuju i za namirenje nekih založenih imovinskih prava,¹³ što

9 Zahtjev prema kojem se založni vjerovnik iz vrijednosti zaloga može namiriti samo ako ima neposredan posjed («ako zalog ima u rukama») nije u skladu s pravilima stvarnog prava o namirenju vjerovnika ručnog zaloga. Za njegovo namirenje nije odlučno ima li zalog u rukama, pa se o neposrednom posjedu može govoriti samo u kontekstu izvansudskog namirenja.

10 Tako i praksa. V. Županijski sud u Zagrebu, Gž-2104/04, od 29. studenog 2005.

11 *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje: ABGB, Patent vom 1ten Junius 1811, JGS Nr. 946/1811, BGBl I 58/2004, 77/2004, 43/2005, 51/2005, 113/2006, 58/2010.

12 KOZIOL, H., WELSER, R., Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band II, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1996., str. 145.

13 U austrijskom je pravu, slično kao i u njemačkom, ostvarenje prava na namirenje iz vrijednosti založenog imovinskog prava (kada je riječ o namirenju vjerovnika založnih prava na

može proširiti doseg odredbe. Austrijski zakonodavac ne određuje ništa u odnosu na opseg namirenja zastarjele tražbine ručnog zaloga. Pa bi u tom pravcu bilo moguće smatrati da vrijede pravila stvarnoga prava koja uređuju opseg namirenja.¹⁴

Slično je uređenje predviđeno i u §. 140. švicarskoga Zakona o obveznim odnosima (*Obligationengesetz*).¹⁵ Prema njemu, prisilno namirenje zastarjele tražbine iz vrijednosti predmeta osiguranja rezervirano je za vjerovnike založnog prava na pokretninama, ali i za vjerovnika tražbine osigurane pridržajem prava vlasništva (*Eigentumsvorbehalt*).¹⁶ S tim da, kao i u austrijskom pravu, nije predviđeno ograničenje u odnosu na opseg namirenja zastarjele tražbine.

Za razliku od navedenih uređenja, u njemačkom je pravu izrijekom dopušteno prisilno namirenje zastarjelih tražbina osiguranih: a) različitim vrstama osiguranja i b) založnim pravom na različitim predmetima osiguranja. Dopušteno je prisilnim putem namiriti zastarjelu tražbinu osiguranu založnim pravom. S tim da se to odnosi na: a) hipoteke (uključivo hipoteke na brodu) i b) na ručni zalog, odnosno založna prava na pokretninama¹⁷ (v. §. 216/1. BGB).¹⁸ No, pored toga što je dopušteno prisilno namiriti zastarjele tražbine osigurane založnim pravom, dopušteno je prisilno namiriti i zastarjele tražbine s naslova retencije (v. §. 215. BGB). Što se tiče opsega namirenja zastarjele osigurane tražbine, u njemačkom je pravu predviđeno jednako rješenje kao i u hrvatskom pravu. Opseg namirenja založnog vjerovnika reduciran je u odnosu na ovlast koju vjerovnik ima prema pravilima stvarnog prava. Tako da je dopušteno samo namirenje glavnice zastarjele tražbine, ali ne i tražbina kamata i troškova (v. §. 216/3. BGB). Čime su i u ovom pravu, zapravo, derogirana pravila općeg stvarnopravnog uređenja.¹⁹

vrijednosnim papirima na donositelja ili po naredbi) uređeno pravilima ABGB-a koja uređuju namirenje iz «pokretnih tjelesnih stvari». V. za njemačko pravo blanketno pravilo iz § 1273. Građanskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje: BGB, BGBl. 2002., I S. 42, 2909., BGBl. 2003 I S. 738., BGBl. 2011., I S. 1600.). Njime je predviđeno da se za namirenje založne tražbine iz subjektivnih imovinskih prava, uz potrebnu mjeru prilagodbe, primjenjuju pravila BGB-a kojima je uređeno namirenje založne tražbine iz vrijednosti pokretnina.

- 14 Vjerovnik ručnog zaloga, prema pravilu iz §. 466. c. ABGB, ovlašten je iz kupovnine ostvarene prodajom i unovčenjem pokretnine namiriti svoju tražbinu s pripadajućim troškovima.
- 15 *Obligationengesetz*, dalje: OR, *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*, vom 30. März 1911, BBl. 1905 II 1, 1909 III 725, 1911 I 845., BBl. 2004 4471.),
- 16 SCHWENZER, I., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2003., str. 459.
- 17 I u ovom se pravu pravila o ručnom zalogu primjenjuju i na neka subjektivna imovinska prava. V. bilješku 10.
- 18 Jednako kao i austrijsko, niti njemačko pravo ne uređuje registarsko založno pravo na pokretninama.
- 19 Tako npr. založno pravo na pokretnini osigurava tražbinu sve dok ona traje uključivo kamate i troškove (§ 1210/1. BGB), kao i troškove prodaje zaloga (§ 1210/2. BGB). V. THIELE, A. C. F. G., *Collective Security Arrangements: A Comparative Study of Dutch, English and German Law*, Kluwer, 2003., str. 176.

1.2. *Prisilno ostvarenje zastarjele založnopravne tražbine prema pravilu iz čl. 240. ZOO*

Drugi slučaj kada se može govoriti o dopuštenosti prisilnog ostvarenja zastarjele tražbine koja je u trenutku nastupa zastare osigurana založnim pravom je onaj iz čl. 240. ZOO. Njime je uređeno priznanje duga kao razlog prekida zastare (čl. 240/1. ZOO). Dužnik, naime, može tijekom zastarnog roka priznati dug i tako prekinuti zastaru. Zastara nakon priznanja duga počinje teći ispočetka. Najčešća forma priznanja duga je izjava vjerovniku. No, dug se može priznati i na neki drugi način, npr. davanjem otplate, plaćanjem kamata, davanjem osiguranja i sl. Priznanje duga davanjem osiguranja kao razlog prekida zastare uređen je u čl. 240/2. ZOO.

Ako je dužnik priznao dug i dao osiguranje, zastara se prekida. U skladu s pravilom iz čl. 245/2. ZOO, nakon prekida zastara počinje teći iz početka od trenutka priznanja i nastupa kada protekne onoliko vremena koliko je zakonom određeno za zastaru koja je prekinuta (čl. 245/6. ZOO). Kada zastara nastupi, dakle, nakon što protekne ponovljeno vrijeme zastare, ako je dužnik osnovao založno pravo, ne će biti nikakve razlike u odnosu na slučaj uređen čl. 222. ZOO. Vjerovnik će se moći prisilnim putem namiriti iz predmeta založnog prava. Što se tiče opsega namirenja, jednako kao i ranije, bit će prekludiran s ovlasti namiriti zastarjelu tražbinu kamata i troškova. Također, iz preostale imovine dužnika ne može prisilno namiriti razliku za koju u odnosu na zastarjelu glavicu ostane nenamiren. Neovisno o tomu je li njegov dužnik založnopravni ili i osobni dužnik.

Položaj vjerovnika nakon nastupa zastare bit će jednak kao i u slučaju iz čl. 222. ZOO, ako je dužnik priznao dug tako da je osnovao založno pravo. No što u slučaju kada je dug priznat davanjem nekog drugog osiguranja? Naime, prema čl. 240. ZOO do prekida zastare priznanjem duga može doći davanjem bilo kojeg osiguranja. Ne određuje se, pri tomu, koje osiguranje dužnik može dati. Što znači da je dužnik, po svom nahodjenju (eventualno u sporazumu s vjerovnikom), ovlašten priznati dug davanjem osobnog i stvarnog osiguranja. Nema zapreke da osnuje bilo koje od predviđenih stvarnopravnih osiguranja (fiducijarno, i sl.). No, za vjerovnika je najkorisnije da dužnik osnuje založno pravo i na taj način prizna dug. Jer će, u slučaju nastupa zastare, tako osiguranu tražbinu moći prisilno namiriti s naslova čl. 222. ZOO. U ostalim slučajevima, dakle, ako je dužnik dug priznao davanjem neke druge vrste osiguranja, vjerovnik ne će biti ovlašten prisilnim putem namiriti zastarjelu tražbinu.²⁰

U kontekstu ranije analize čl. 222. ZOO, treba uočiti moguću refleksiju ovdje promatranog čl. 240. ZOO. Kada je riječ, naime, o davanju osiguranja kao načinu priznanja duga, rekli smo da čl. 240. ZOO ne traži da se dug prizna davanjem određenog osiguranja. Još manje traži da se u tom smislu osnuje određena podvrsta založnog prava – ručni zalog ili hipoteka (kako to čini čl. 222. ZOO). Dužnik, dakle, može priznati dug tako da osnuje bilo koju podvrstu založnog prava.²¹ To bi bio

20 I ovo uređenje bilo bi korisno preispitati *de lege ferenda*.

21 Norma je, *de rerum natura*, reduktivna u odnosu na pravni temelj na kojem se osniva založno pravo, jer bi isključivala založna prava osnovana na nedobrovoljnom *titulusu*.

daljnji argument u prilog ranije iznesenom stajalištu prema kojem pravilo iz čl. 222. ZOO dopušta prisilno namirenje zastarjelih založnih tražbina neovisno o podvrsti založnog prava i njegovu predmetu. Jer kada ne bi bilo tako, založni vjerovnik čiji je dužnik priznao dug osnivanjem založnog prava s naslova čl. 240. ZOO, ako to nije učinio osnivanjem ručnog zaloga ili hipoteke, bio bi u istom položaju kao i vjerovnici čije tražbine osiguravaju druge vrste osiguranja. I koji se, kako je naprijed rečeno, ne mogu namiriti prisilnim putem kada njihove osigurane tražbine zastare.

Pravilo koje dijelom korespondira s ovim iz čl. 240. ZOO nalazi se u §. 7:401 *Draft Common Frame of Reference for a European Private Law*²² (Knjiga III). Njime je, kao i čl. 240. ZOO, predviđena mogućnost da dužnik prizna dug davanjem osiguranja i tako prekine zastaru. Zastara, nakon što je prekinuta priznanjem duga, počinje teći iznova i nastupa kada istekne vrijeme koje je bilo određeno za zastaru koja je prekinuta (§. 7:401 (1) DCFR). S tim da se određuje, a što ZOO ne predviđa, da taj period ne može biti dulji od deset godina, v. §. 7:202 DCFR (§. 7:401 (2) DCFR).²³

Ovo je pravilo, u bitnom, jednako onom iz §. 14:401 *Principles of European Contract Law (III)*.^{24 25} U njemu se, također, predviđa mogućnost da dužnik priznanjem duga prekine zastaru. S tim da se priznanje duga može učiniti i davanjem osiguranja. Nastavno se određuje da zastara počinje teći iznova i nastupa kada istekne vrijeme koje je bilo određeno za zastaru koja je prekinuta (§. 14:401 (1) PECL). S tim da taj period, jednako kao i prema pravilima DCFR-a, ne može biti dulji od deset godina, v. §. 14:202 DCFR (§. 14:401 (2) PECL).^{26 27}

22 *Draft Common Frame of Reference for a European Private Law*, dalje: DCFR, (DCFR prema Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, prema revidiranoj verziji VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. I., BEALE, H., HERRE, J., HUET, J., SCHLECHTRIEM, P., STORME, M. E., SWANN, S., VARUL, P., VENEZIANO, A., ZOLL, F., Principles of European Contract, dostupno na mrežnoj stranici www.sellier.de.

23 Rješenja iz čl. 220. i 222. kakva sadrži naš ZOO, nisu predviđena DCFR-om.

24 *Principles of European Contract Law (III)*, dalje: Landova načela ili PECL, u: LANDO, O., CLIVE, E., PRŮM, A., ZIMMERMANN, R., Principles of European Contract Law, Part III, Kluwer Law International, 1. ed., 2003. V. str. 208.

25 Landova načela ne predviđaju pravila kakva sadrži hrvatski ZOO u čl. 220. i čl. 222.

26 Zanimljivo je da je primjena ovog pravila, kao i ostalih pravila kojima je u §§ 14:101-14:503 PECL uređena zastara, predviđena i za zastaru tražbina s naslova ugovora o osiguranja, a kako to proizlazi iz blanketne odredbe § 7:103 *Drafta Common Frame of Reference of European Insurance Contract Law* (dalje: DCFR Insurance/PEICL). V. Principles of European Insurance contract law (PEICL), Project Group Restatement of European Insurance Contract Law, Sellier, 2009., str. 229.-232.

27 Iako u *Principles of the Existing EC Contract Law* (Acquis Principles) nema sličnih pravila koja uređuju zastaru u komentarima uz § 1:101 Acquis Principle navodi se da su uzeta u obzir (prilikom izrade ovih pravila) Landova načela u dijelu u kojem uređuju zastaru. Contract II: general provisions, delivery of goods, package travel and payment services, *Principles of the Existing EC Contract Law*, Part. II., Research Group on the Existing EC Private Law, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier, 2009., str. 49.-50.

Kada je riječ o tomu koju vrstu osiguranja dužnik može dati i tako priznati dug, jednako kao i ZOO, niti DCFR, niti Landova načela ne govore ništa o tomu. Odnosno ne priječe da dužnik dade određenu vrstu osiguranja. Što znači da se, s ciljem priznanja duga, može dati bilo koja vrsta osiguranja. Dakle, i osobno i stvarnopravno osiguranje. Sve će to imati za posljedicu prekid zastare.

Slučaj prekida zastare koji korespondira s ovim iz čl. 240. ZOO predviđen je i u njemačkom pravu. Uređuje ga §. 212. BGB. I prema pravilima ovog prava, zastara se može prekinuti priznanjem duga. Dug se, između ostalog, može priznati i davanjem osiguranja. Niti njemački zakonodavac ne određuje koje bi osiguranje dužnik mogao dati. Stoga se dug može priznati davanjem bilo kojeg osiguranja. Bilo izabranog po dužniku, ali i u skladu s dispozicijama stranaka koje bi se mogle sporazumjeti o bilo kojoj vrsti osiguranja (osobnoj, realnoj).²⁸

Što se tiče mogućnosti prekida zastare davanjem osiguranja, takvo je ovlaštenje dužniku predviđeno i u austrijskom pravu. Prema pravilu iz §. 1497. ABGB, kao i u svim navedenim propisima, dužnik može priznati dug davanjem osiguranja i tako prekinuti zastaru. Pri tomu se ne određuje koju bi vrstu osiguranja dužnik trebao dati, pa je za zaključiti da može ponuditi i osobno i realno osiguranje.

Za razliku od navedenih uređenja, jedino se u švicarskom pravu predviđa ograničenje u pogledu vrste osiguranja koju dužnik može dati u svrhu priznanja duga i tako prekinuti zastaru. Prema švicarskom pravu dužnik je ovlašten priznati dug osnivanjem založnog prava u korist vjerovnika i tako prekinuti zastaru (v. §. 135/1/1. OR).

2. *Prisilno ostvarenje zastarjele založnopravne tražbine kada tražbina u trenutku nastupa zastare nije osigurana založnim pravom*

2.1. Prisilno ostvarenje zastarjele založnopravne tražbine prema pravilu iz čl. 220. ZOO

Osim u opisanim slučajevima, do prisilnog namirenja zastarjele tražbine osigurane založnim pravom može doći i u još jednom slučaju. Riječ je o slučaju uređenom čl. 220. ZOO, koji zapravo, predstavlja iznimku od zabrane odricanja od zastare pod određenim pretpostavkama.²⁹ Dužniku je, naime, dopušteno odreći se zastare pod pretpostavkom da je zastara nastupila (čl. 219. ZOO). Može to učiniti: a) pisanim priznanjem zastarjele obveze (čl. 220/1. ZOO)³⁰ ili i s istim učinkom:

28 Ovo ne treba shvatiti na način da je dužniku u pravcu priznanja duga potrebna suglasnost ili pristanak vjerovnika.

29 GORENC, et al., Komentar., str. 302. Drukčije Vizner koji ne smatra da je riječ o iznimci od odricanja od zastare. VIZNER, B., op. cit., str. 1303.

30 Priznanje je jednostrani pravni posao za čiju valjanost nije potrebna suglasnost ili pristanak vjerovnika. Međutim, radi ostvarenja njegovih pravnih učinaka, potrebno je odgovarajuće znanje vjerovnika. BLAGOJEVIĆ, B., KRULJ, V., Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija, Beograd, 1980., str. 838. Da bi priznanje zastarjele obveze proizvodilo željene pravne učinke treba biti u pisanoj formi. Mogući su različiti,

b) davanjem zaloge ili kojega drugog osiguranja za zastarjelu obvezu (čl. 220/2. ZOO).³¹ Sve što je predviđeno u odnosu na pisano priznanje zastarjele obveze kao formu odricanja od zastare, vrijedi i kada se dužnik odriče zastare davanjem osiguranja.³² Treba napomenuti da se u svrhu iz čl. 220. ZOO može osnovati bilo koje osiguranje, osobno ili stvarnopravno.³³ Ako bi se dužnik zastare odrekao tako da založnim pravom osigura zastarjelu tražbinu,³⁴ ipak će postojati određene posebnosti spram pisanog priznanja zastarjele tražbine. U prvom redu, odnosit će se na zahtjeve koje pravila stvarnog prava (zemljišnoknjižnog, registarskog i sl.) vežu uz osnivanje založnog prava.³⁵

Kada je riječ o dopuštenosti odricanja od zastare, hrvatsko je pravo oslonjeno na rješenja iz austrijskog prava. U konkretnom, na §. 1502. ABGB prema kojem nije dopušteno odricanje od zastare. Jednako tako, stranke nisu ovlaštene sporazumjeti se o duljim zastarnim rokovima od onih predviđenih zakonom.³⁶ Takvo ovlaštenje nije predviđeno niti pravilima ZOO-a. S tim da, za razliku od austrijskoga prava, u našem pravu strankama, ne samo što nije dopušteno ugovoriti dulje zastarne rokove, nego im nije dopušteno ugovoriti niti kraće zastarne rokove.³⁷ Ovlaštenje dužniku da prizna zastarjelu obvezu, između ostalog, i davanjem osiguranja i da se na taj način odrekne zastare, nije predviđeno među pravilima o zastari u ABGB-u. Stoga

pravno priznati oblici: priznanica, pismo vjerovniku, izjava o priznanju duga i sl. što ne ostavlja dvojbu oko sadržaja priznanja, i sl. BLAGOJEVIĆ, B., KRULJ, V., *ibidem*. GORENC, et al., *Komentar*, str. 302. i 303.

31 Osiguranje (u konkretnom, založno pravo) osniva se za naturalnu tražbinu.

32 VIZNER, B., *op. cit.*, str. 1305.

33 GORENC, et al., *Komentar*, str. 303. BLAGOJEVIĆ, B., KRULJ, V., *op. cit.*, str. 839. VIZNER, B., *ibidem*.

34 *De rerum natura* može se osnovati neko od dobrovoljnih založnih prava. Nema nikakvih ograničenja u odnosu na objekt založnog prava. Pa se može osnovati i na stvarima i na imovinskim pravima.

35 Kada je riječ o pisanom priznanju duga u teoriji se smatra da nije potrebno da dužnik prizna i pravnu osnovu i iznos tražbine, već je dovoljno priznanje pravne osnove. BLAGOJEVIĆ, B., KRULJ, V., *op. cit.*, str. 838. GORENC, et al., *Komentar*, str. 303. Međutim, ako se dug priznaje osnivanjem hipoteke, dužnikovo priznanje treba sadržavati i iznos tražbine koji se priznaje, odnosno osigurava. Pa, nije dovoljno da dužnik prizna samo pravnu osnovu. VIZNER, B., *ibidem*.

36 Vidjeti: KOZIOL, H., WELSER, R., *Grundriß des bürgerlichen Rechts*, Band I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1995., str. 189-190.

37 Zabrana odricanja od zastare prije nastupa zastare bila je predviđena još i čl. 6. Zakona o zastari potraživanja, Službeni list FNRJ br. 40/53 i 57/54., dalje: ZZZP, koji je, *de facto*, abrogiran pravilima o zastari iz ZOO iz 1978. g. i preuzet u hrvatsko pravo Zakonom o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine br. 53/91. Uz komentar se ističe da je pravilo, primarno, ustanovljeno radi unošenja klauzula o odricanju od zastare kod adhezijskih ugovora. STANKOVIĆ, F., *Zastara potraživanja*, Informativ, Zagreb, 1969., str. 25. Upravo je ovim propisom (čl. 5. ZZZP) bilo zabranjeno strankama ugovoriti dulje, ali i kraće vrijeme trajanja zastarnog roka. Time je odstupljeno od rješenja iz §. 1502. ABGB koji se primjenjivao kao §. 1502. Općeg građanskog zakon (dalje: O.g.z.). Pravilima ZZZP-a, točnije u čl. 7., predviđao se slučaj iz čl. 220. ZOO.

bi se moglo zaključiti da u austrijskom pravu ova mogućnost ne postoji. No, da takav zaključak nije utemeljen proizlazi iz §. 894. ABGB. Prema njemu, u slučaju solidarne odgovornosti priznanje, odnosno davanje osiguranja za zastarjelu obvezu od strane jednog od solidarnih dužnika ne proizvodi pravne učinke za ostale solidarne dužnike. Stoga se može tvrditi da je i u ovom pravu predviđena mogućnost priznati zastarjelu obvezu davanjem osiguranja i na taj se način odreći zastare. Ugovorno priznanje zastarjele obveze i priznavanje duga davanjem osiguranja predviđeni su i u njemačkom pravu, odredbom §. 214/2. BGB-a.

Za raspravu o navedenom slučaju treba imati u vidu da se osnivanjem osiguranja za zastarjelu naturalnu tražbinu *de facto* proizvode takvi učinci kao da tražbina nije zastarjela. Naime, nakon što je osigurana, ona nastavlja egzistirati kao bilo koja druga založnim pravom osigurana tražbina i u odnosu na njezino prisilno namirenje vrijedi sve ono što predviđaju pravila stvarnog, odnosno ovršnog prava. Otuda i najveća razlika spram *supra* navedenih slučajeva iz čl. 222. i čl. 240. ZOO.

Slučaj iz čl. 220. ZOO, naime, osim što od ranijih razlikuje to što zastarjela tražbina nije osigurana (niti založnim pravom, niti bilo kojim drugim sredstvom stvarnopravnog osiguranja), značajno razlikuje uređenje opsega namirenja tražbine. U slučaju koji uređuje čl. 220. ZOO nema nikakvih ograničenja u pogledu opsega namirenja založnog vjerovnika, pa je on ovlašten namiriti svoju tražbinu u cijelosti. Što, najprije znači da je ovlašten namiriti tražbinu zastarjele glavnice, ali i zastarjele tražbine kamata i pripadajućih troškova. Nadalje, ovlašten je namiriti se i iz preostale imovine dužnika. Odnosno, posegnuti u preostalu imovinu dužnika u slučaju kada se nije u cijelosti namirio iz vrijednosti predmeta založnog prava. S tim da bi u slučaju, ako ponovo nastupi zastara, vrijedilo pravilo iz čl. 222. ZOO.

III. ULOGA STRANAČKIH DISPOZICIJA U ODNOSU NA PRISILNO OSTVARENJE ZASTARJELE ZALOŽNE TRAZIBINE

Na pitanje mogućnosti, odnosno dopuštenosti prisilnog ostvarenja zastarjele tražbine i utjecaju stranaka na to pitanje može se odgovoriti iz dva ugla. Načelno, nema nikakve zapreke da dužnik ispunji zastarjelu tražbinu (čl. 221. ZOO). Dobrovoljnim ispunjenjem dopušteno je u svako doba namiriti zastarjelu tražbinu.³⁸

Međutim, kada je riječ o prisilnom namirenju zastarjele tražbine, i općenito mogućnošću da stranke utječu na određena pitanja vezana uz zastaru, pravila našeg prava prilično su restriktivna. Stranke ne mogu odrediti zastarijevanje tražbina koje su nezastarive prema samom zakonu. Dužniku nije dopušteno odreći se zastare. Stranke ne mogu svojim raspoložbama (pravnim poslom) odrediti dulje ili kraće vrijeme zastare od onog koje je propisani zakonom (čl. 218/1. ZOO). Također, nije dopušteno pravnim poslom odrediti da zastara neće teći kroz neko vrijeme (čl. 218/2.

³⁸ Na zastaru sud ne pazi po službenoj dužnosti. Briga o njoj, odnosno ulaganje prigovora zastare isključivo je na dispoziciju dužniku. Ovo pravilo ne vrijedi samo za slučaj nastupa apsolutne porezne zastare.

ZOO).³⁹ Ako bi stranke, usprkos zabrani ugovaranja duljeg ili kraćeg vremena roka zastare predviđenog prisilnim pravilima, postupile drukčije takav bi uglavak bio ništetan. Ipak, ništetnost ovog uglavaka, ne bi imala za posljedicu ništetnost cijelog pravnog posla.⁴⁰ Jednako bi tako bio ništetan i uglavak kojim bi stranke ugovorile mogućnost da se dužnik odrekne zastare prije no što protekne vrijeme određeno za zastaru. No, i ništetnost uglavka prema kojem bi se dužnik mogao odreći zastare prije nastupa zastare nema za posljedicu ništetnost pravnog posla u cijelosti.⁴¹

Sasvim drugačija rješenja od ovih iz našeg prava predviđena su u pravilima DCFR-a i Landovim načelima, pa i u nekim poredbenim propisima.⁴²

Premda nije riječ o pravilima koja bi imala značenje supranacionalnih pozitivnih pravila, zanimljiva su radi budućih rješenja, posebno kada se zna da su se redaktori našeg ZOO-a služili uzorima iz Landovih načela, uređenja iz DCFR-a i PECL-a. Očito je da je ranija svrha instituta zastare⁴³ idejno redefinirana.

Tako, prema pravilu iz §. 7:601. DCFR vjerovnik i dužnik mogu samostalno ugovoriti vrijeme zastare određene tražbine na način da ugovore vrijeme dulje ili kraće od onog predviđenog u §§. 7:201-7:202 DCFR (§. 7:601 (1) DCFR). Dakle, stranke mogu slobodno disponirati zastarnim rokovima bilo da odrede kraći zastarni rok, bilo da odrede dulji zastarni rok od onog predviđenog pravilima DCFR-a. Ako to stranke ne učine vrijede rokovi predviđeni pravilima DCFR-a. Važno je naglasiti da stranke ne mogu disponirati, tzv. početkom tijeka zastarnog roka. Početak tijeka zastarnog roka uređen je u DCFR-u prisilnim pravilima. Postoji još jedno ograničenje. Naime, premda je strankama dopušteno ugovoriti kraći, odnosno dulji rok zastare to mogu učiniti samo u okviru predviđenog minimalnog, odnosno maksimalno određenog trajanja zastarnog roka. Vrijeme kroz koje nastupa zastara ne može biti kraće od godinu dana, niti dulje od trideset godina računajući od dana kada je zastara počela teći u skladu s §. 7:203⁴⁴ (§. 7:601 (2) DCFR).

Pravilo, u bitnom jednakog sadržaja kao iz §. 7:601 DCFR nalazi se i u § 14:601 PECL. Dispozicije stranaka u odnosu na ugovaranje duljeg ili kraćeg roka zastare su jednake. Postoji i jednako ograničenje što se tiče minimalnog, odnosno maksimalnog vremena trajanja zastarnog roka.⁴⁵

Zanimljivo rješenje u odnosu na ovlaštenje strankama da pravnim poslom odrede (promjene) rok zastare sadrži i §. 202. njemačkog BGB-a. Prema pravilima iz ovoga paragrafa, pravnim je poslom dopušteno odrediti rok zastare drugačiji

39 ĐORĐEVIĆ, Ž., STANKOVIĆ, V., *Obligaciono pravo (Opšti deo)*, Savremena administracija, Beograd, 1974., str. 596. V. čl. 227/3. ZOO

40 BLAGOJEVIĆ, B., KRULJ, V., op. cit., str. 837.

41 VIZNER, B., op. cit., str. 1302.-1303.

42 Čak je i u najrestriktivnijem uređenju iz austrijskoga prava dopušteno da stranke ugovore kraće vrijeme roka zastare (v. §. 1502. ABGB).

43 U bitnom sastojala se u zaštiti dužnika i očuvanju društvene svrhe koja se zastarom htjela ostvariti. STANKOVIĆ, F., op. cit., str. 25.

44 Početak tijeka zastarnog roka uređen je u § 7:203 DCFR, u bitnom, jednako kao i u čl. 215. ZOO.

45 LANDO, O., CLIVE, E., PRÜM, A., ZIMMERMANN, R., op. cit., str. 208.

od onog predviđenog zakonom, ali pod određenim pretpostavkama. Tako: a) nije dopušteno pravnim poslom promijeniti rok zastare, dok zastara teče, u slučajevima kada postoji odgovornost za namjeru, a b) zastarni rok određen sporazumom među strankama može iznositi najdulje trideset godina od dana kada je zastara počela teći. U švicarskom pravu, prema odredbi §. 129. OR-a strankama nije dopušteno ugovaranje drugačijih rokova zastare od onih predviđenih §§. 127. i 128. OR. Tumačenjem ove odredbe *argumentum a contrario*, u slučajevima koji nisu obuhvaćeni navedenim odredbama moguće je ugovarati drugačije zastarne rokove.⁴⁶ Prema ovom shvaćanju isto vrijedi i za odricanje od zastare.⁴⁷

IV. ZAKLJUČAK

Istraživanje ovlasti vjerovniku da iz predmeta založnog prava prisilno namiri zastarjelu založnu tražbinu pokazalo je da u našem pravu takvo ovlaštenje postoji u općim pravilima obveznopravne naravi (čl. 222., 220. i 240. ZOO).

Iznimka od pravila da se prisilnim putem ne može namiriti zastarjela tražbina, pa i onda kada dužnik istakne prigovor materijalne zastare, predviđena je u čl. 222. ZOO. Njime je određeno da se vjerovnik koji ima tražbinu osiguranu založnim pravom, usprkos činjenici što je nastupila zastara, može namiriti iz predmeta osiguranja. Karakteristično je za ovo namirenje to: a) što je ograničeno s obzirom na opseg, pa je vjerovnik ovlašten namiriti samo tražbinu, tj. glavnica, ali ne i pripadajuće kamate i troškove te b) što se vjerovnik može namiriti samo iz vrijednosti zaloga, odnosno kupovnine ostvarene njegovom prodajom i unovčenjem, a ne i iz preostale imovine dužnika.

Dužnik može prekinuti zastaru tako da prizna dug davanjem osiguranja (čl. 240. ZOO). Iako dužnik može dati bilo koje osiguranje, namirenje zastarjele tražbine bit će opsegom ograničeno i pod udarom pravila iz čl. 222. ZOO.

Od navedenoga, valja razlikovati pitanje dopuštenosti osnivanja osiguranja za zastarjelu tražbinu, dakle odricanje od zastare osnivanjem osiguranja. Nema zapreke da se dužnik, nakon što nastupi zastara te zastare odrekne davanjem zaloga ili kojeg drugog osiguranja za zastarjelu obvezu (čl. 220. ZOO). Dopušteno je: a) osnovati bilo koje osiguranje (bilo koju vrstu stvarnopravnog osiguranja, a b) namirenje nije po opsegu ograničeno. Pa vjerovnik iz predmeta osiguranja može namiriti tražbinu u cijelosti (glavnica s pripadajućim troškovima i kamatama), a eventualnu razliku između dugovane tražbine i ostvarene kupovnine do punog namirenja namiriti i iz preostale imovine dužnika (naravno, iz položaja hirografernog, a ne stvarnopravnog vjerovnika).

Analiza navedenih pravila omogućuje sintezu sljedećih zaključaka:

Pravila obveznog prava slijede uređenje iz austrijskog prava koje se u našem pravu ne pokazuje dovoljno obuhvatnim. U prvom redu zato što su u hrvatskom

46 SCHWENZER, I., op. cit., str. 453-454.

47 Ibid.

pravu predviđene neka sredstva stvarnopravnih osiguranja tražbina (npr. fiducijarno osiguranje) koja austrijsko pravo ne poznaje. A onda i stoga, što naše pravo, kada je riječ o samom založnom pravu, predviđa neke podvrste založnog prava koje austrijsko pravo ne poznaje (npr. bezposjedovno registarsko založno pravo na pokretninama). Zato bi se u našem pravu *de lege ferenda* moglo:

a) predvidjeti da se iz vrijednosti predmeta osiguranja mogu prisilno namiriti zastarjele tražbine svih sredstava stvarnopravnih osiguranja (npr. fiducijarnog prijenosa prava vlasništva, prava retencije) ili, barem, krug tih stvarnopravnih sredstva proširiti, a

b) eksplicitnije urediti da se iz vrijednosti predmeta osiguranja mogu prisilno namiriti zastarjele tražbine svih podvrsta založnopravnih osiguranja, neovisno o tomu na kojem su pravnom temelju osnovane (dobrovoljnih i nedobrovoljnih) i na kojem je predmetu osiguranja osnovano založno pravo (pokretne, nekretnine i subjektivna imovinska prava).

Kada je riječ o opsegu namirenja i pitanju *hyperoche*, u hrvatskom pravu *de lege lata* postoje dva rješenja. Tako, što se tiče opsega namirenja zastarjele založne tražbine, vjerovnik: a) ne može namiriti i zastarjelu tražbinu kamata i troškova (čl. 222. i čl. 240. ZOO), odnosno b) primjenom čl. 220. ZOO, može. U odnosu na ova pravila može se *de lege ferenda* razmisliti o otvaranju vrata dispoziciji stranaka po pitanju dopuštenosti ostvarenja zastarjelih tražbina kamata i troškova uz založnu tražbinu.

Jednak je slučaj i s ovlasti založnog vjerovnika da namiri (prema postojećem uređenju) glavnice dugovane zastarjele tražbine u cijelosti iz preostale imovine osobnog dužnika. Odnosno razliku između dugovane tražbine glavnice i iznosa ostvarene kupovine za koju ostane ustegnut. Prema pravilima iz čl. 222. i čl. 240. ZOO tu ovlast nema, dok prema pravilu iz čl. 220. ZOO ovlast postoji. I u odnosu na ova pravila može se *de lege ferenda* dopustiti strankama da ova pitanja drugačije urede. Što sve, imajući u vidu pravila stvarnoga prava o ostvarenju ovlasti na namirenje založnih vjerovnika, nije protivno pravilima općeg stvarnopravnog uređenja.

Hrvatsko pravo ne dopušta dužniku da se odrekne zastare prije no što protekne vrijeme određeno za zastaru, niti ovlašćuje stranke da ugovore drugačije zastarne rokove od onih predviđenih zakonom. Korisno bi bilo razmisliti o redefiniranju postojećeg uređenja pri tom vodeći računa, prilikom predlaganja novih rješenja, o načelima savjesnosti i poštenja i ravnopravnosti stranaka.

Popis literature:

- BLAGOJEVIĆ, B., KRULJ, V., Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija, Beograd, 1980.
- ĆESIĆ, Z., GORENC, V., KAČER, H., MOMČINOVIĆ, H., PAVIĆ, D., PERKUŠIĆ, A., PEŠUTIĆ, A., SLAKOPER, Z., VIDOVIĆ, A., VUKMIR, B., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, 2005.
- ĐORĐEVIĆ, Ž., STANKOVIĆ, V., Obligaciono pravo (Opšti dio), Savremena administracija, Beograd, 1974.
- KAČER, H., RADOLOVIĆ, A., SLAKOPER, Z., Zakon o obveznim odnosima s komentarom, Poslovni zbornik, Zagreb, 2006.
- KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M., Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2006.
- KOZIOL, Helmut, WELSER, Rudolf, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band II, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1996.
- KOZIOL, Helmut, WELSER, Rudolf, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1995
- LANDO, O., CLIVE, E., PRÜM, A., ZIMMERMANN, R., Principles of European Contract Law, Part III, Kluwer Law International, 1. ed., 2003.
- Principles of European Insurance contract law (PEICL), Project Group Restatement of European Insurance Contract Law, Sellier, 2009.
- Principles of the Existing EC Contract Law, Part. II., Research Group on the Existing EC Private Law, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier, 2009.
- RASPOR, A., Zastara, Sistemski prikaz po Zakonu o obveznim odnosima i po drugim zakonima sa sudskom praksom, Informator, Zagreb, 1982.
- SCHWENZER, Ingerborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Stämpfli Verlag AG Bern, 2003.
- SLAKOPER, Z., GORENC, V., uz suradnju: BUKOVAC PUVAČA, M., Obvezno pravo, Opći dio, Novi informator, Zagreb, 2009.
- STANKOVIĆ, F., Zastara potraživanja, Informator, Zagreb, 1969.
- Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, prema revidiranoj verziji VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. I., BEALE, H., HERRE, J., HUET, J., SCHLECHTRIEM, P., STORME, M. E., SWANN, S., VARUL, P., VENEZIANO, A., ZOLL, F., Principles of European Contract, dostupno na mrežnoj stranici www.sellier.de.
- THIELE, A. C. F. G., Collective Security Arrangements: A Comparative Study of Dutch, English and German Law, Kluwer, 2003.
- VIZNER, B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Knjiga II., Zagreb, [s.n.], 1978.-1979., str. 1285. i dalje.
- VUKOVIĆ, M., Opći dio građanskog prava, Knjiga II, Školska knjiga, Zagreb, 1960.

Pravni izvori:

- Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, dalje: ABGB, Patent vom 1ten Junius 1811, JGS Nr. 946/1811, BGBl I 58/2004, 77/2004, 43/2005, 51/2005, 113/2006, 58/2010.
- Bürgerliches Gesetzbuch, dalje: BGB, BGBl. 2002., I S. 42, 2909., BGBl. 2003 I S. 738., BGBl. 2011., I S. 1600.
- Draft Common Frame of Reference for a European Private Law, (DCFR), prema Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group),
- Draft Common Frame of Reference of European Insurance Contract Law (DCFR Insurance/PEICL)
- Obligationengesetz, dalje: OR, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30. März 1911, BBl. 1905 II 1, 1909 III 725, 1911 I 845., BBl. 2004 4471.),
- Opći građanski zakon (O.g.z.)
- Principles of European Contract Law (Landova načela ili PECL)
- Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)
- Zakon o obveznim odnosima (ZOO), Narodne novine br. 35/05 i 41/08.
- Zakon o obveznim odnosima iz 1978. g., (ZOO iz 1978.), Sl. list SFRJ, br. 29/78., 39/85., 46/85., 45/89 i 57/89.
- Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima (ZPZOO), Narodne novine br. 53/91.
- Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZV), Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09.
- Zakon o zastari potraživanja (ZZP), Službeni list FNRJ br. 40/53 i 57/54.

Summary

AUTHORISATION TO SETTLE *EX OFFICIO* THE PRESCRIBED CLAIM SECURED BY PLEDGE

The authors analyse the permissibility of *ex officio* settlements of the prescribed claim according to the general rules on prescription contained within the Civil Obligations Act. They single out rules under the Article 222, 240 and 220 of the Civil Obligations Act and compare them with rules which govern this issue on comparative legal level. A comparison has also been made with respect to the rules from the Draft Common Frame of Reference of a European Private Law and Lando's principles. Furthermore, the authors discuss the effects of dispositions by the parties on permissibility of *ex officio* settlements of the prescribed claim. Civil obligations rules which govern the material prescription are scrutinised in regards to rules on rights in rem regulating the assurance of claim by pledge. In their final remarks, the authors present conclusions and suggest solutions *de lege ferenda*.

Key words: *prescription, right of pledge, ex officio settlement.*

Zusammenfassung

VOLLMACHT ZUR ZWANGSEINZIEHUNG DER VERJÄHRTEN PFANDRECHTLICHEN FORDERUNG

Die Autorinnen analysieren die Zulässigkeit von Zwangseinziehung der verjährten Forderung gemäß den allgemeinen Verjährungsbestimmungen des Gesetzes über Pflichtverhältnisse. Sie apostrophieren die Bestimmungen aus dem Art. 222, Art. 240 und aus dem Art. 220 des Gesetzes über Pflichtverhältnisse und vergleichen sie mit Bestimmungen, die diese Frage auf einem rechtvergleichenden Niveau regeln und mit Bestimmungen des Gemeinsamen Referenzrahmens (GRR) und der Lando-Prinzipien. Der Einfluss von Parteidispositionen auf die Zulässigkeit von Zwangseinziehung der verjährten Forderung wird auch betrachtet. Die Bestimmungen des Schuldrechtes zur materiellen Verjährung werden in Verbindung mit Bestimmungen des Sachrechtes zur pfandrechtlichen Sicherung betrachtet. Abschließend werden Schlussfolgerungen präsentiert und Beschlüsse *de lege ferenda* vorgeschlagen.

Schlüsselwörter: *Verjährung, Pfandrecht, Zwangseinziehung*

Riassunto

**POTERE DI FAR VALERE IN VIA COATTIVA LA PRETESA
DERIVANTE DA DIRITTO DI GARANZIA PRESCRITTO**

Le autrici analizzano l'ammissibilità dell'adempimento coattivo della prestazione prescritta secondo le regole generali che la legge sui rapporti di obbligazione (ZOO) detta in materia di prescrizione. Mettono in evidenza le regole degli artt. 222, 240 e 220 ZOO, e le comparano con le regole che disciplinano la medesima questione in altri ordinamenti, come pure con le regole contenute nel *DCFR* e nei principi Lando. Si valuta, altresì, l'effetto che le disposizioni di parte sortiscono sull'ammissibilità dell'adempimento coattivo della prestazione prescritta. Le regole di diritto delle obbligazioni che disciplinano la prescrizione sostanziale si analizzano in rapporto alle regole di diritto reale che disciplinano i diritti reali di garanzia. Infine, si espongono le conclusioni e si propongono determinate soluzioni *de lege ferenda*.

Parole chiave: *prescrizione, diritto di garanzia, adempimento coattivo.*

PRAVOMOĆNOST, KONAČNOST I IZVRŠNOST U UPRAVNOM POSTUPKU

dr. sc. Marko Šikić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 342.92
Ur: 21. prosinca 2011.
Pr.: 25. siječnja 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se opisuju i analiziraju instituti pravomoćnosti, konačnosti i izvršnosti u hrvatskom općem upravnom postupku. Sumarno se opisuje povijesni razvoj navedenih instituta kroz zakone kojima se je u hrvatskom pravu uređivala materija općeg upravnog postupka te analizira pozitivno-pravno uređenje instituta u Zakonu o općem upravnom postupku. Osobita pozornost posvećuje se institutu konačnosti te ukazuje na vremenski odnos između navedenog instituta i instituta pravomoćnosti i izvršnosti. Ističe se kako su konačnost i izvršnost dva različita instituta te kako od te činjenice treba polaziti i zakonodavac kada uređuje postupke u pojedinim posebnim upravnim oblastima.

Ključne riječi: *pravomoćnost, konačnost, izvršnost, upravni postupak, upravni spor.*

I. UVOD

Republika Hrvatska je, nakon pet desetljeća važenja, u osnovi nepromijenjenog, zakona kojim je bio uređen opći upravni postupak, konačno 2009. donijela Zakon o općem upravnom postupku¹ (u nastavku rada: ZUP). Njime je kao neovisna i suverena država prvi put uredila materiju općeg upravnog postupanja.² Važnost je navedenoga zakona za hrvatsku javnu upravu, pa samim time i za cjelokupno djelovanje javne vlasti i države, gotovo od presudne važnosti. Zbog toga je zadaća hrvatske upravnopravne teorije i prakse analizirati odredbe ZUP-a te pomno pratiti na koji se način pojedini njegovi instituti primjenjuju prilikom rješavanja upravnih stvari.

1 Narodne novine br. 47/09. Zakon o općem upravnom postupku stupio je na snagu 1. siječnja 2010.

2 Zakonom se, naime, ne uređuje samo materija upravnog postupka, već se njegova primjena širi i na opsežno područje drugih postupanja tijela javne uprave. V. o navedenom u: Đerđa, Dario, *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010., str. 20. i 21.

Povod za pisanje rada nastao je, tako, zbog potrebe utvrđivanja značenja instituta pravomoćnosti, konačnosti i izvršnosti u upravnom postupku. Naime, zbog mjestimice zbunjujućeg pristupa zakonodavca u uređenju navedene materije, u pravnoj su se praksi, kao i u zakonodavstvu, pojavili problemi i pogrešna shvaćanja navedenih instituta.

Zbog toga smatramo kako je potrebno promotriti svrhu koju instituti pravomoćnosti, konačnosti i izvršnosti imaju u upravnom postupku. S obzirom na to da njihovo značenje nadilazi okvire upravnog postupka nužno je naglasiti kako ćemo u radu institute promatrati gotovo isključivo s obzirom na njihovo postupovno značenje.

II. PRAVOMOĆNOST U HRVATSKOM UPRAVNOM POSTUPKU

Tijekom razvoja i osamostaljenja upravnog prava kao posebne pravne grane pitanje pravomoćnosti upravnih akata predstavljalo je jedno od najzamršenijih i najspornijih pitanja, u prvom redu zbog brojnih i oprečnih teoretskih koncepcija³ kojima se vrlo često negirala mogućnost da upravni akti steknu svojstvo pravomoćnosti. Međutim, u hrvatskoj se teoriji vrlo rano počelo ukazivati na austrijsku upravnopravnu znanost koja je upravnim aktima priznavala snagu i mogućnost stjecanja pravomoćnosti.⁴

Potaknut ovakvim, za samostalnu pravomoćnost upravnih akata afirmativnim teorijama, kao i odredbama austrijskoga Zakona o općem upravnom postupku⁵, tadašnji zakonodavac prihvatio je koncepciju pravomoćnosti upravnih akata. Zakon o općem upravnom postupku iz 1930.⁶ (u nastavku rada: ZUP-1930) određivao je, kako se pravomoćne odluke kojima su stranke stekle određena prava može ukinuti ili izmijeniti samo uz opće zakonske uvjete, i samo uz pristanak stranaka koje su stekle prava. Zakon je uređivao i pravna sredstva kojima se moglo intervenirati u pravomoćne odluke.⁷

3 „Pitanje samo sobom ni ne bi bilo tako zamršeno, da ga nije sama teorija zaplela u pravi gordijski čvor.“ Krbek, Ivo, *Pravosnažnost (pravomoćnost) upravnog akta*, Naša zakonitost, 1-2(1957), str. 4.

4 V. Krbek, Ivo, *Stranka u upravnom postupku*, Jugoslovenska štampa, Zagreb, 1928., str. 83.-93.

5 Austrijsko je pravo prvo u svijetu kodificiralo upravni postupak kada je 21. srpnja 1925. donijelo tri zakona o upravnom postupku te četvrti uvodni zakon. Bili su to Uvodni zakon za zakone o upravnom postupku, Zakon o općem upravnom postupku, Zakon o općim odredbama upravno-kaznenog prava i upravno-kaznenog postupka te Zakon o upravnom izvršenju. V. o navedenome u: Medvedović, Dragan, *Pravno uređeni upravni postupci – pretpostavka moderne uprave*, u: Modernizacija hrvatske uprave, priredio: Ivan Koprić, Društveno veleučilište, Zagreb, 2003., str. 382. i Đerđa, op. cit. (bilj. 2), str. 14. i 15.

6 Službene novine od 25. XI. 1930., br. 271. Navedeni je zakon pitanje pravomoćnosti upravnog akta uređivao ponešto skrovito u svojem 5. dijelu, 3. glavi pod naslovom „Posebni slučajevi ukidanja i mijenjanja odluke“.

7 V. o pravomoćnosti upravnog akta prema Zakonu o općem upravnom postupku iz 1930. opširno u: Krbek, Ivo, *Zakon o općem upravnom postupku*, Naklada Jugoslav. nakladnog d. d. „Obnova“, Zagreb, 1931., str. 170-180.

Zakonom o općem upravnom postupku iz 1956.⁸ (u nastavku rada: ZUP-1956) pravomoćnost je uređena u sklopu osnovnih zakonskih načela⁹ te su također predviđena i izvanredna pravna sredstva kojima su se mogli osporavati pravomoćni akti. Od koncepcije pravomoćnosti prihvaćene u ovom zakonu nije se u bitnome odstupalo¹⁰ tijekom čitavog važenja zakona u bivšoj SFRJ, a navedenu je koncepciju preuzela i Republika Hrvatska Zakonom o preuzimanju Zakona o općem upravnom postupku u Republici Hrvatskoj¹¹ (u nastavku rada: ZUP-1991).

I Republika Hrvatska nastavila je tradiciju normativnog uređenja pravomoćnosti započetu još 1930. članak 13. ZUP-a pod naslovom „Načelo zaštite stečenih prava stranaka“, naime, određuje:

„Odluka javnopravnog tijela protiv koje se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor (pravomoćna odluka), a kojom je stranka stekla određeno pravo odnosno kojom su stranci određene neke obveze, može se poništiti, ukinuti, ili izmijeniti samo u slučajevima propisanim zakonom.“

ZUP, također, predviđa i izvanredna pravna sredstva kojima je moguće osporavati pravomoćne akte - obnovu postupka,¹² poništavanje i ukidanje nezakonitog rješenja¹³ te ukidanje zakonitog rješenja kojim je stranka stekla neko pravo,^{14,15}

Iako je odredba čl. 13. ZUP-a gotovo istovjetna odredbi čl. 12. ZUP-a-1991 kojom je bila uređena materija pravomoćnosti, hrvatski je zakonodavac ipak učinio nekoliko važnih iskoraka i unaprjeđenja instituta pravomoćnosti. Tako se zakonski

8 Službeni list FNRJ, br. 52. od 19. prosinca 1956.

9 Čl. 11. navedenog Zakona pod naslovom „Pravomoćnost rješenja“ određivao je: „Rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor (pravomoćno rješenje), a kojim je neka osoba stekla određena prava, može se poništiti ukinuti ili izmijeniti samo u slučajevima koji su zakonom predviđeni.“

10 Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o općem upravnom postupku iz 1977.g. (Službeni list SFRJ br. 4/77) u čl. 11. riječi „neka osoba stekla“ zamijenjene su riječima „stranka stekla“, a iza riječi „prava“ dodane su riječi „odnosno kojima su stranci određene neke obveze.“

11 Narodne novine br. 53/91. Zakonom o preuzimanju Zakona o općem upravnom postupku u Republici Hrvatskoj izrijeком je preuzet Zakon o općem upravnom postupku u pročišćenom tekstu objavljenom u Službenom listu SFRJ br. 47/86, ali s nizom izmjena i dopuna. Jedina naknadna izmjena učinjena u tekstu preuzetoga Zakona o općem upravnom postupku učinjena je 1996. godine kada je Ustavni sud Republike Hrvatske ukinuo određene odredbe čl. 209. zbog toga što je njihov sadržaj protivan Ustavu Republike Hrvatske. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske objavljena je u Narodnim novinama br. 103. od 6. prosinca 1996. Čl. 12. preuzetoga Zakona o općem upravnom postupku pod naslovom „Pravomoćnost rješenja“ određivao je:

„Rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor (pravomoćno rješenje), a kojim je stranka stekla određena prava, odnosno kojim su stranci određene neke obveze, može se poništiti, ukinuti ili izmijeniti samo u slučajevima koji su zakonom predviđeni.“

12 V. čl. 123.-127. ZUP-a.

13 V. čl. 129. ZUP-a.

14 V. čl. 130. ZUP-a.

15 Ništavi akti načelno ne proizvode pravne učinke niti mogu stjecati svojstvo pravomoćnosti. V. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 389.

pravomoćnost promatra u sklopu načela zaštite stečenih prava stranaka – načela koje u praksi Europskog suda pravde ulazi u sadržaj načela pravne sigurnosti kao općeg načela prava kojemu Sud pruža zaštitu.¹⁶ Prema tomu, ZUP i koncepciji pravomoćnosti priznaje snagu temeljnog načela, što, barem izriječkom, nisu činili raniji zakoni kojima je uređivan opći upravni postupak.

Nadalje, ZUP načelo zaštite stečenih prava stranaka upotpunjuje i primjenom načela zaštite legitimnih očekivanja stranke u pojedinim institutima upravnog postupka koji su prvi put uvedeni ZUP-om.¹⁷ U praksi Europskog suda pravde zaštita stečenih prava ulazi u sadržaj načela pravne sigurnosti kao općeg načela prava kojemu Sud pruža zaštitu.¹⁸ Načelo zaštite legitimnih očekivanja usko je povezano s načelom zaštite stečenih prava te također predstavlja jedan od aspekata načela pravne sigurnosti. U pravnoj se teoriji ističe kako je teško povući jasnu razliku između koncepta stečenih prava i zaštite legitimnih očekivanja stranaka.¹⁹ ZUP izriječkom načelo zaštite legitimnih očekivanja stranaka ne utemeljuje kao jedno od načela upravnog postupka, međutim postojanje tog načela u hrvatskom pravnom poretku potvrdio je Ustavni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci br. U-IIIB/4366/2005 od 5. travnja 2006.²⁰ Budući da je u toj odluci Ustavni sud Republike Hrvatske odlučivao o ustavnoj tužbi podnesenoj protiv rješenja Ministarstva zaštite okoliša, prostornog uređenja i graditeljstva donesenog u upravnom postupku, time je načelo zaštite legitimnih očekivanja stranaka izričito ustanovljeno kao jedno od načela koje se mora poštivati u okviru upravnog postupka, neovisno o tome što se izriječkom ne jamči u ZUP-u.²¹

Pravomoćnost, zaključimo, prema ZUP-u tako u osnovi predstavlja institut kojim se onemogućuje odlučivanje o stvari o kojoj je u redovnom postupku

16 V. Medvedović, Dragan, *Bitne razlike novog Zakona o općem upravnom postupku prema prijašnjem Zakonu o općem upravnom postupku*, u: Primjena Zakona o općem upravnom postupku, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 30. O načelu pravne sigurnosti v. Hartley, Trevor C. *Temelji prava Europske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004., str. 146.

17 V., tako, odredbe o jamstvu stjecanja prava (čl. 103. ZUP-a) i obavješćivanju o uvjetima ostvarivanja i zaštite prava (čl. 155. ZUP-a). V. o navedenom opširnije u: Šikić, Marko, Ofak, Lana, *Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, br. 1 (2011), str. 147.-150.

18 Medvedović, op. cit., (bilj. 5), str. 30. O načelu pravne sigurnosti v. Hartley, op. cit., (bilj 16), str. 146.

19 V. Schwarze, Jurgen, *European Administrative Law*, Office for Official Publications of the European Communities, Sweet and Maxwell, London, 2006., str. 886. O navedenom v. također i: Šikić, Ofak, op. cit., (bilj. 17), str. 137.-138..

20 „Najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske su vladavina prava i poštivanje prava čovjeka. One su temelj za tumačenje Ustava. Obveza poštivanja navedenih ustavnih vrednota nužno dovodi i do obveze tumačenja mjerodavnih zakona i drugih propisa u skladu s dva važna načela koja su sastavnice navedenih ustavnih vrednota. To su načelo pravne sigurnosti (izvjesnosti) i s njim povezano načelo zaštite legitimnih očekivanja stranaka u postupcima u kojima se odlučuje o njihovim pravima i obvezama.“

21 V. o navedenom u: Šikić, Ofak, op. cit., (bilj. 17), str. 137.-138.

pravomoćno odlučeno (*ne bis in idem*) te kojim se u prvom redu od izmjena zaštićuju stranke koje su upravnim aktima stekle određena prava. U Republici Hrvatskoj pravomoćno je rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor.²² Pravomoćnost, prema tomu „konzumira“ i žalbu u upravnom postupku i tužbu u upravnom sporu.²³

Institut pravomoćnosti u Republici Hrvatskoj, prema tomu, čvrsto je vezan uz upravnosudsku zaštitu. Navedena je zaštita jedan od temelja modernih pravnih država jer se sudskom kontrolom nad radom uprave štite i subjektivna prava građana i objektivna zakonitost. Naime, upravnosudska zaštita temelji se na ideji o diobi vlasti gdje jedna vlast (sudska) nadzire drugu (upravnu). Time se postiže da uprava prestaje biti sudac u vlastitoj stvari čime se u bitnom onemogućavaju nezakonitosti koje bi uprava mogla činiti da nema sudskog nadzora. Stoga i Ustav Republike Hrvatske²⁴ u čl. 19. st. 2. jamči sudsku kontrolu zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koje imaju javne ovlasti.

Važnost instituta pravomoćnosti, prema tomu, nalazi se i u činjenici da iza svakoga pravomoćnog akta stoji autoritet upravnog suda. Čak i ako nije pokrenut upravni spor sama mogućnost njegova pokretanja može odvratiti tijela javne uprave od mogućih nezakonitih akcija.²⁵ Dakle institutom pravomoćnosti štiti se građane od mogućih nezakonitosti u radu uprave. Stoga je zadaća hrvatskoga pravnog sustava uspostaviti mehanizme kojima će se omogućiti građanima da njihova prava (a i obveze), nakon provođenja upravnih i upravno-sudskih postupaka, budu što prije zajamčena u pravomoćnim upravnim aktima.

III. KONAČNOST U HRVATSKOM UPRAVNOM POSTUPKU

Pojam konačnosti u opći upravni postupak zakonodavac je uveo ZUP-om - 1956²⁶, te ga je u bivšoj SFRJ zadržao kroz sve zakonske izmjene i dopune.

22 Dana 1. siječnja 2012. stupiti će na snagu novi Zakon o upravnim sporovima (Narodne novine br. 20/10 – u nastavku rada ZUS-2010) kojim su izvršene velike izmjene u hrvatskom upravnom sporu – dvostupanjsko upravno sudovanje, jasno uvođenje usmene rasprave kao jednog od temeljnih načela upravnog spora, uspostavljanje spora pune jurisdikcije kao osnovne vrste upravnog spora. Do navedenog datuma u Republici Hrvatskoj bit će u primjeni Zakon o upravnim sporovima (Narodne novine, br. 53/91, 9/92 i 77/92 – u nastavku rada: ZUS) prema kojem upravne sporove u prvom i jedinom stupnju rješava Upravni sud Republike Hrvatske, u pravilu rješavajući samo o zakonitosti upravnih akata na nejavnim sjednicama.

23 V. Borković, op. cit., (bilj. 15), str. 391.

24 Narodne novine, br. 85/10 - pročišćeni tekst.

25 O teoretskim shvaćanjima koje ne priznaju izravnu pravomoćnost upravnog akta v. u: Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983., str. 275.-276.: „... upravni akt koji stoji pod nekom vrstom kontrolnog patronata upravnog suda i sudska je odluka ta koja svojom pravomoćnošću pokriva upravni akt...“

26 V., tako, čl. 249. st. 1., čl. 262. st. 1. i 2. ZUP-a 1956. ZUP-1930 nije se izričito služio pojmom „konačnost“ ali je upotrebljavao izraz „okonačan postupak“. Procesni trenutak u kojem se upravni akt nalazi u trenutku kada protiv njega više nije moguće izjaviti redovna pravna sredstva označavao je sintagmom “odluka protiv koje nema pravnog lijeka“.

Navedenim je pojmom zakonodavac označio pravnu snagu koju upravni akt ima u trenutku kada se protiv njega više ne može izjaviti žalba kao redovni pravni lijek.

Pojmu konačnosti veliku pozornost posvetila je i pravna teorija te se o njemu, tako, pisalo i u udžbenicima upravnog prava u bivšoj državi. U njima se, pojam konačnosti razdvajao od pojma pravomoćnosti upravnog akta (kao i od pojma izvršnosti),²⁷ naglašavala se važnost pojma za koncepciju izvanrednih pravnih sredstava,²⁸ isticalo se kako se pojmom konačnosti izriče ograničenje vođenja upravnih postupaka samo u dva stupnja,²⁹ te se posebno promatralo vremenske odnose između, pravomoćnosti, konačnosti i izvršnosti upravnog akta.³⁰

ZUP-1991 konačnost uspostavlja kao jedno od načela upravnog postupka.³¹ Tekstu bivšega saveznog Zakona o općem upravnom postupku pridodan je, naime, čl. 11a pod naslovom „Konačnost rješenja“:

„Rješenje protiv kojeg nema redovnog pravnog lijeka u upravnom postupku (konačno u upravnom postupku), a kojim je stranka stekla kakvo pravo, odnosno kojim su stranci određena kakve obveze, može se poništiti, ukinuti ili izmijeniti samo u slučajevima koji su zakonom predviđeni.“

Konačnost je tako, prema ZUP-u-1991, mogla nastupiti odmah nakon završetka prvostupanjskog postupka, tj. nakon donošenja i dostavljanja prvostupanjskog rješenja. Do svojstva konačnosti upravnog akta u ovom trenutku u vođenju postupka moglo je doći kada protiv prvostupanjskog rješenja nije bila dopuštena žalba³² ili kada je žalba bila dopuštena, ali je stranka propustila rok za njezino izjavljivanje³³. Također, konačnost je mogla nastupiti i nakon završetka drugostupanjskog postupka – kada bi drugostupanjsko tijelo donijelo i dostavilo rješenje o žalbi.³⁴ Prema tome, s obzirom na to da je stranka bila dužna izjaviti žalbu prije eventualnog podnošenja upravnosudske tužbe, vremenski je konačnost ili prethodila pravomoćnosti upravnog akta ili nastupala istodobno s pravomoćnošću. Nije, dakle, bila moguća situacija da se konačnost javi nakon pravomoćnosti, odnosno da akt najprije stekne svojstvo

27 V. Popović, Slavoljub, *Upravno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1959., str. 172., Ivančević, op. cit., (bilj. 25), str. 278.

28 V. Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave*, III. knjiga, Birotehnički izdavački zavod, Zagreb, 1962., str. 108.

29 V. Stjepanović, Nikola, *Upravno pravo u SFRJ*, Privredni pregled, Beograd, 1973., str. 82.-83.

30 V. Borković, op. cit., (bilj. 15), str. 319.-320.

31 Shvaćanje da se čl. 11. ZUP-a-1991 nije uspostavilo načelo, nego se samo utvrdio pojam konačnosti rješenja v. u: Medvedović, op. cit., (bilj. 16), str. 31.

32 U navedenoj situaciji akt bi postajao pravomoćan istekom roka za podnošenje tužbe Upravnom sudu Republike Hrvatske, ili bi, ako bi se tužba podnijela, trenutak nastupa pravomoćnosti ovisio o odluci Upravnog suda Republike Hrvatske.

33 U ovim slučajevima konačnost i pravomoćnost vremenski su se podudarale.

34 „Organ koji je riješio stvar u drugom stepenu šalje, u pravilu, svoje rješenje sa spisima predmeta prvostepenom organu, koji je dužan rješenje dostaviti strankama u roku od osam dana od dana primitka spisa“ (čl. 248. ZUP-a-1991).

Nastup pravomoćnosti i u ovoj bi situaciji ovisio o daljnjim akcijama stranke. Ako ona ne bi podnijela upravno-sudsku tužbu akt bi postao pravomoćan istekom roka za tužbu. Ako bi, pak, tužbu podnijela nastup pravomoćnosti ovisio bi o odluci u upravnom sporu.

pravomoćnosti, pa tek onda konačnosti.³⁵

Pojam konačnosti, smatramo, olakšavao je snalaženje na zamišljenoj vremenskoj lenti upravnog postupka. Korištenjem navedenog pojma u zakonskim tekstovima i upravno-pravnoj literaturi mogla se jezgrovito istaknuti pravna snaga i svojstvo koje upravni akt ima u trenutku kada je završen postupak pred tijelima javne uprave, ali još nije stekao snagu pravomoćnosti. Pojam konačnosti bio je izuzetno značajan za utvrđivanje postupovnog trenutka u kojem je bilo moguće izjaviti pojedine izvanredne pravne lijekove, te kao i za utvrđivanje trenutka kada se moglo pristupiti izvršenju upravnog akta. Nije nebitna niti činjenica da je pojam konačnosti postao dio hrvatske upravno-pravne tradicije, te da se koristio u velikom broju posebnih zakona kojima se uređivao upravni postupak.

Hrvatski zakonodavac, međutim, odlučio je pojam konačnosti u potpunosti izbaciti iz uređenja općeg upravnog postupka. ZUP, naime, više ne sadrži načelnu odredbu o konačnosti rješenja, a navedeni se pojam ne navodi niti u jednoj daljnjoj zakonskoj odredbi.³⁶ Smatramo kako je navedenim pristupom zakonodavac nepotrebno uskratio hrvatsko upravno postupanje za jedno korisno načelo. Također, mišljenja smo kako je ovakav pristup prouzročio praktične (a i teoretske) probleme koji bi se mogli vrlo štetno odraziti na cjelokupno upravno postupanje u Republici Hrvatskoj.

Naime, iz odredbi novog ZUS-a, vidljivo je kako je zakonodavac zadržao koncepciju prema kojoj je izjavljivanje žalbe u upravnom postupku procesna pretpostavka za podnošenje tužbe u upravnosudskom postupku.³⁷ Također, iz odredbi ZUP-a kojima su regulirana izvanredna pravna sredstva, može se zaključiti kako je zakonodavac korištenje takvim sredstvima vezao uz prethodno izjavljivanje žalbe. Prema tomu, i u sadašnjem sustavu upravnog i upravnosudskog postupanja neophodno je utvrditi postupovni trenutak koji se ranije označavao pojmom konačnosti. Dakako, zakonodavac se nije morao koristiti izrazom „konačnost“, no normativno-tehnički postojala je potreba jezičnog izražavanja situacije u kojoj se upravni akt nalazi u trenutku kada protiv njega više nije moguće izjaviti žalbu.

Međutim, mišljenja smo kako je iz odredbi ZUP-a vidljivo kako se zakonodavac nije jasno opredijelio za izraz kojim bi zamijenio raniji izraz „konačnost“.

Tako se zakonodavac u čl. 123. st. 1. ZUP-a³⁸, normirajući izvanredni pravni

35 V. o navedenom u Borković, op. cit., (bilj. 15), str. 391.

36 Nisu nam poznati razlozi zbog kojih je pojam konačnosti izbačen iz ZUP-a. Razlozi, naime, nisu navedeni u Obrazloženju Konačnog prijedloga Zakona o općem upravnom postupku, niti se o istome očitovao ikoji saborski Odbor ili zastupnik u Hrvatskom saboru. Navedene informacije v. na: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=26832>.

37 Čl. 30. t. 3. ZUS-a pod naslovom „Ocjenjivanje pretpostavki za vođenje upravnog spora“ određuje, tako:
„Sud će rješenjem odbaciti tužbu, jer ne postoje pretpostavke za vođenje spora, ako utvrdi: ...
3. da protiv pojedinačne odluke, postupanja ili upravnog ugovora nije iskorišten redovit pravni lijek...“.

38 „(1) Obnova postupka u kojem je doneseno rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba može se pokrenuti na zahtjev stranke ili po službenoj dužnosti u roku od tri godine od dana dostave rješenja stranci...“.

lijek – obnovu postupka, koristi sintagmom „rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba“. Obnova postupka izvanredni je pravni lijek čija je svrha ponavljanje postupka u istoj upravnoj stvari u kojoj je postupak već jednom vođen, a kako bi se rasvijetlile nove činjenice i novi dokazi ili otklonile posljedice povrede odredaba postupka, ili otklonile posljedice nezakonitog djelovanja koje je bilo prisutno tijekom ranijeg postupka.³⁹ Navedeni je pravni lijek u hrvatski upravni postupak uveden još ZUP-om-1930⁴⁰ kada se mogao koristiti u postupcima „okonačnima odlukom upravne vlasti, protiv koje nema pravnog lijeka“. ZUP-1956 normirajući obnovu postupka određivao je kako se može obnoviti „postupak okončan rješenjem protiv kojeg nema redovnog pravnog sredstva u upravnom postupku (konačno u upravnom postupku)“.⁴¹ ZUP-1991 određivao je, pak: “Postupak okončan rješenjem ili zaključkom protiv kojeg nema redovnog pravnog lijeka u upravnom postupku obnovit će se:...”⁴². Vidljivo je, prema tomu, kako su svi zakoni kojima je bio uređen opći upravni postupak, a koji su prethodili ZUP-u, obnovu postupka omogućavali u situacijama kada bi upravni akti stekli svojstvo konačnosti. Za označavanje navedenog procesnog trenutka zakoni su se koristili ili samo izrazom „okonačan postupak“ ili navedenim izrazom u spoju s izrazom „konačno rješenje“. ZUP, vidljivo je iz odredbi čl. 123.-127., u uređenju obnove postupka nije bitnije odstupio od ranijih uređenja te je također želio osigurati mogućnost upotrebe ovoga pravnog lijeka protiv konačnih akata.⁴² Međutim, s obzirom na izbjegavanje korištenja izraza „konačnost“ i „okonačan“, zakonodavac koristi sintagmu „rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba“.

Normirajući, međutim, izvanredni pravni lijek - poništavanje i ukidanje nezakonitog rješenja – pravni lijek čije izjavljivanje, također, pretpostavlja konačnost upravnih akata, zakonodavac je čl. 129. st. 1. ZUP-a odredio kako se „nezakonito rješenje može poništiti ili ukinuti u cijelosti ili djelomično i nakon isteka roka za žalbu“. Poništavanje i ukidanje nezakonitog rješenja svojevrsni je „sljednik“ izvanrednog pravnog lijeka poništavanje i ukidanje po pravu nadzora koji je uveden ZUP-om-1956. Ovaj je zakon čl. 262. st. 1. određivao: „Rješenje koje je konačno u upravnom postupku nadležni će organ uprave poništiti po pravu nadzora:...”⁴³. Navedena je odredba ostala neizmijenjena tijekom svih zakonskih izmjena i dopuna u bivšoj SFRJ, a preuzeta je i u hrvatski pravni poredak ZUP-om-1991.

S obzirom na *ratio* samog instituta poništavanja i ukidanja nezakonitog rješenja, kao i s obzirom na činjenicu da se i „prethodnikom“ navedenog pravnog lijeka – poništavanjem i ukidanjem po pravu nadzora uvijek omogućavalo reagiranje samo

39 V. Borković, op. cit., (bilj. 15), str. 467. Također v. i: Đerđa, op. cit., (bilj. 2), str. 279.

40 V. čl. 128.-132. ZUP-a-1930.

41 V. čl. 249. st. 1. ZUP-a-1956. Izraz „postupak okončan rješenjem protiv kojeg nema redovnog pravnog sredstva u upravnom postupku (konačno u upravnom postupku)“ ostao je nepromijenjen i nakon svih izmjena i dopuna zakona učinjenih u bivšoj SFRJ.

42 Navedeno shvaćanje v. i u: Jurić Knežević, Dunja, *Izvanredni pravni lijekovi u novom Zakonu o općem upravnom postupku*, u: Gagro, B., Jurić Knežević, D., Kasabašić, Š., Kosović Marković, M., Kriletić, M., Medvedović, D., Šimunec, R., ZUP - iskustva u praksi i primjeri, Novi informator, Zagreb, 2011., str. 84.

protiv konačnih upravnih akata, mišljenja smo kako je zakonodavac sintagmom „i nakon isteka roka za žalbu“ u čl. 129. st. 1. ZUP-a želio zapravo izraziti potrebu da rješenja budu konačna prije negoli se prema navedenom članku mogu poništiti ili ukinuti.⁴³

Međutim, izraz „i nakon isteka roka za žalbu“ svakako omogućuje i drukčije interpretacije. Tako se, strogom gramatičkom analizom, može zaključiti kako je rješenje prema čl. 129. ZUP-a moguće poništiti ili ukinuti i prije nego li je rok za žalbu istekao.⁴⁴ Također, s obzirom na to da donošenje rješenja o poništavanju i ukidanju rješenja može predložiti i stranka⁴⁵, izraz „i nakon isteka roka za žalbu“ u čl. 129. st. 1. mogli bismo tumačiti i kao nastojanje da se strankama omoguću napadati rješenja i nakon što su propustile izjaviti žalbu u roku.

Mišljenja smo, međutim, kako su ovakve interpretacije, iako pravnički utemeljene, ipak protivne logici i svrsi izvanrednog pravnog lijeka poništavanja i ukidanja nezakonitog rješenja te kako bi se primjenjujući čl. 129. ZUP-a sukladno takvim tumačenjima u praksi izazvala nepotrebna zbrka. Smatramo kako je zakonodavac želio upotrebu izvanrednog pravnog lijeka poništavanja i ukidanja nezakonitih rješenja omogućiti samo protiv konačnih upravnih akata ali je, nepotrebno i nespretno, sintagmu „rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba“ (koju je upotrijebio u čl. 123. ZUP-a) zamijenio sintagmom „i nakon isteka roka za žalbu“.

Zaključno, željeli bismo istaknuti kako smatramo da je načelo i pojam konačnosti nepotrebno izbačen iz ZUP-a. No, s obzirom na činjenicu da logika postupka to i dalje nalaže, zakonodavac je jezično navedeni pojam nužno morao zamijeniti nekim drugim pojmom istog značenja. Međutim, umjesto s jednim pojmom kojega bi dosljedno primjenjivao u zakonu, zakonodavac se poslužio s dva pojma, tj. s dvije sintagme, te tako otvorio nepotrebna pitanja i potrebe za interpretacijom.

IV. IZVRŠNOST U HRVATSKOM UPRAVNOM POSTUPKU

U pravnoj teoriji izvršnost upravnog akta ističe se kao jedna od njegovih karakteristika, no sekundarne je tj. akcesorne prirode.⁴⁶ Strogo se razlučuje izvršnost akta od pravnog djelovanja upravnog akta zbog činjenice da se kod izvršnosti

43 „Smatramo da se nezakonito rješenje može poništiti ili ukinuti i u slučaju kada je postalo pravomoćno, upravo slijedom istaknutog načela, ali da do takve intervencije može doći već nakon onog procesnog momenta koji smo prije označavali pojmom "konačnost". Ibid., str. 82.

44 Navedeno shvaćanje v. u: Turčić, Zlatan, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku (s komentarima, priložima, sudskom praksom i abecednim kazalom pojmova)*, Zakoni o upravnim sporovima (s priložima i abecednim kazalom pojmova), Organizator, Zagreb, 2011., str. 272.

45 V. čl. 131. st. 3. ZUP-a.

46 V. Ivančević, op. cit., (bilj. 25), str. 234.

upravnog akta zapravo radi o mogućnosti njegovog prinudnog izvršenja.⁴⁷

ZUP-1930, preuzevši koncepciju izvršenja od austrijskoga Zakona o administrativnom izvršenju⁴⁸, uređivao je pitanje izvršnosti upravnog akta tako da je omogućavao donositelju upravnog akta, tj. šire rečeno samoj upravi, izvršiti ili naložiti izvršenje upravnog akta.⁴⁹ Navedeni je pristup zadržan i u ZUP-u-1956 (i svim njegovim izmjenama i dopunama), a preuzela ga je (ZUP-om-1991) te samostalno uredila (ZUP-om) i Republika Hrvatska.

ZUP, tako, pitanju izvršenja posvećuje svoj peti dio u kojem najprije utvrđuje trenutak kada rješenje postaje izvršno (čl. 133.) te određuje osobu izvršenika (čl. 134.). Nadalje, propisuje kako se izvršenje provodi i po službenoj dužnosti i na prijedlog stranke (čl. 135.), te nakon što je utvrdio kako se izvršenje provodi radi ostvarivanja novčanih ili nenovčanih obveza (čl. 136.), detaljnije normira samo izvršenje novčanih (čl. 137.) i nenovčanih obveza (čl. 138.). ZUP, nastavljaajući normirati postupak izvršenja, određuje kako se u situaciji kada izvršenik ne postupi po izvršnom rješenju donosi rješenje u pisanom obliku te podrobnije utvrđuje sadržaj navedenog rješenja i mogućnost žalbe protiv njega (čl. 139). ZUP, također, propisuje i odgodu izvršenja (čl. 140.), vrijeme izvršenja (čl. 141.) te prisilno izvršenje nenovčanih obveza novčanom kaznom (čl. 142.) izvršenje nenovčanih obveza putem trećih osoba (čl. 143.) i izvršenje nenovčanih obveza neposrednom prisilom (čl. 144.). Razrađujući načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa ZUP čl. 145. propisuje kako se izvršenje provodi na način i primjenom sredstava koja su najblaža za izvršenika, a dovode do cilja izvršenja (razmjernost u izvršenju). Naposljetku, ZUP uređuje obustavu izvršenja (čl. 146.), otklanjanje posljedica poništavanja ili izmjene izvršenog rješenja (čl. 147.), izvršenje radi osiguranja (čl. 148.) te hitno izvršenje (čl. 149.).

Trenutak nastupa izvršnosti rješenja vezan je uz mogućnost korištenja žalbe, ali i upravnosudske tužbe. Prvostupanjsko rješenje, tako, može postati izvršno čim je dostavljeno stranci ako žalba nije dopuštena ili ako žalba nema odgovorni učinak. Ako je žalba dopuštena i ima odgovorni učinak, prvostupanjsko rješenje može postati izvršno istekom roka za žalbu ako žalba nije izjavljena. Ako stranka žalbu izjavi, rješenje će postati izvršno dostavom rješenja kojom se žalba odbacuje ili odbija. Također, prvostupanjsko rješenje može postati izvršno i danom odricanja stranke od

47 Ibid., str. 266., Krbek, op. cit. (bilj. 28), str. 29. i 30., Đerđa, op. cit. (bilj. 2), str. 305. U teoriji postoji i gledište da izvršnost rješenja označava onu etapu postupku u kojoj izreka rješenja može biti dobrovoljno ili prinudno provedena u život. V. Borković, op. cit., (bilj. 15), str. 476. i 477.

48 O navedenom v. u: Ivančević, op. cit., (bilj. 25), str. 269.

49 U teoriji se u to doba isticala razlika između dva temeljna modela - francuskoga i anglosaksonskoga - u pogledu načina izvršenja upravnog akta. Prema francuskom modelu uprava sama može provoditi izvršenje vlastitim sredstvima i pod vlastitom odgovornošću jer se njene aktivnosti naknadno kontroliraju (naročito putem upravno-sudske kontrole), dok prema anglosaksonskom modelu upravno tijelo mora kod nadležnog suda staviti zahtjev da mu se dopusti izvršenje akta. V o navedenom u: ibid., str. 268. i 269. i Krbek, op. cit., (bilj. 28), str. 30. i 31.

prava na žalbu, te dostavom stranci rješenja o obustavi postupka u povodu žalbe ako je stranka odustala od žalbe.

Budući da se protiv drugostupanjskog rješenja ne može izjaviti žalba drugostupanjsko rješenje kojim se rješava upravna stvar postaje izvršno dostavom stranci.⁵⁰

S obzirom na to da i tužba u upravnom sporu može odgoditi izvršenje rješenja⁵¹ do izvršnosti rješenja može doći tek nakon pravomoćnosti, tj. tek nakon dostavljanja stranci presude kojom se odbija tužba. Također, ako je u rješenju određeno da se radnja koja je predmet izvršenja može izvršiti u za to ostavljenom roku (rok za dobrovoljno izvršenje činidbe), rješenje će postati izvršno tek istekom toga roka.

Promotrimo li, prema tomu, vremenski odnos između izvršnosti i konačnosti može se zaključiti kako je najčešće njihovo istodobno nastajanje. No, izvršnost može nastupiti i prije konačnosti u situacijama kada žalba nema suspenzivno djelovanje (u tom slučaju rješenje postaje izvršno danom dostave rješenja stranci, a konačno tek danom dostave rješenja o odbacivanju ili odbijanju žalbe). Isto tako, izvršnost može nastupiti nakon konačnosti kada je u rješenju određen rok za dobrovoljno izvršenje činidbe, kao i ako se ishodi odlaganje izvršenja upravnog akta do donošenja odluke u upravnom sporu.⁵²

Međutim, pojedini autori, objašnjavajući da se radi o gotovo istim pojmovima, smatraju da se u primjeni odredaba posebnih propisa konačan akt treba shvaćati kao izvršni akt prema novom ZUP-u.⁵³ Navedeno stajalište prihvaćeno je i u zakonodavstvu. Naime, Vlada Republike Hrvatske je na sjednici održanoj 6. listopada 2010. donijela zaključak kojim je odredila rok za usklađivanje svih propisa u Republici Hrvatskoj sa ZUP-om, a taj rok je 5. travanja 2011. godine. U postupku usklađivanja sa ZUP-om, sukladno navedenom zaključku, u velikom broju posebnih zakona pojmovi „konačnost” ili „konačan” zamijenjeni su pojmovima „izvršnost” ili „izvršan”.⁵⁴

50 O trenutka kada nastupa izvršnost rješenja v. i u: Đerđa, op. cit., (bilj. 2), str. 307.

51 V. čl. 17. ZUS-a i čl. 26. ZUS-a-2010. Čl. 140. st. 1. ZUP-a određuje kako na prijedlog stranke, a radi izbjegavanja nastanka teško popravljive štete, javnopravno tijelo koje je donijelo rješenje može odgoditi izvršenje i, ako je to nužno, produžiti odgodu izvršenja sve do donošenja pravomoćne odluke o upravnoj stvari, ako nije drukčije propisano zakonom i ako se to ne protivi javnom interesu. St. 2. istoga članka propisuje se kako će se izvršenje odgoditi ako je u izvršenju obveze dopušten poček ili se umjesto izvršnog privremenog rješenja donese rješenje o glavnoj stvari koja se razlikuje od privremenog rješenja.

52 V. o navedenom i u: Borković, op. cit., (bilj. 15), str. 391.-392.

53 V. Bienenfeld, Josip, *Primjena Zakona o upravnim područjima prostornog uređenja i gradnje nakon stupanja na snagu novog Zakona o općem upravnom postupku*, u: *Primjena Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 283. i Đerđa, op. cit., (bilj. 2), str. 60.

54 V., tako, npr. čl. 4. Zakona o izmjenama Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju (Narodne novine br. 49/11), čl. 7. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o državnim službenicima (Narodne novine br. 49/11), Čl. 5. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o mirovinskom osiguranju (Narodne novine br. 61/11), čl. 28., 34., 40. i 47. Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika, čl. 29. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o azilu (Narodne novine br. 88/10) i čl. 103. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju i gradnji (Narodne novine, br. 90/11).

Smatramo kako navedena shvaćanja i zakonodavčev pristup nisu ispravni. U biti se radi o dva različita instituta. Pojmom konačnosti želi se izraziti procesni trenutak u kojem se rješenje nalazi kada protiv njega više nije moguće koristiti redovna pravna sredstva (žalbu) u upravnom postupku. Pod pojmom izvršnosti, pak, u prvom redu podrazumijevamo mogućnost prisilnog ostvarenja izreke upravnog akta.⁵⁵

Mišljenja smo kako je jedina sličnost između navedenih instituta u tomu da se u nekim situacijama njihov nastanak vremenski podudara. Međutim, kako smo to ranije i naveli, vrlo su česti i slučajevi da takvog vremenskog podudaranja nema te da izvršnost može nastati i prije, ali i nakon konačnosti.

V. ZAKLJUČAK

Instituti pravomoćnosti, konačnosti i izvršnosti u hrvatskom upravnom postupku prisutni su već više od 80 godina te su zadržani i u ZUP-u, prvoj kodifikaciji upravnog postupka u samostalnoj Republici Hrvatskoj.

Zakonodavac je u uređenju instituta pravomoćnosti i izvršnosti upravnih akata zadržao, ali i unaprijedio, neka ranija postupovna rješenja. U uređenju instituta konačnosti, međutim, zakonodavac je napravio nekoliko ozbiljnih propusta koji bi se mogli ozbiljnije odraziti na cjelokupni upravni postupak u Republici Hrvatskoj.

Tako je, u prvom redu, nejasno zbog čega je zakonodavac u potpunosti izbacio načelo konačnosti, kao i sam jezični izraz „konačnost” iz ZUP-a. Kako smo to u radu i naveli, zakonski je i dalje potrebno jezično izraziti trenutak u kojem se upravni akt nalazi kada se protiv njega više ne može iskoristiti žalba kao redovni pravni lijek u upravnom postupku. Zakonodavac navedeni procesni trenutak i dalje označava, ali nepotrebno i zbunjujuće, čini s dvije različite sintagme: „rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba” i „i nakon isteka roka za žalbu”.

Također, smatramo kako su instituti konačnosti i izvršnosti dva bitno različita instituta i kako je pogrešno zamjenjivati izraz „konačnost” ili „konačan” pojmovima „izvršnost” ili „izvršan”, a kako se to čini u velikom broju posebnih zakona kojima se uređuje upravni postupak.

Mišljenja smo kako pojam i izraz „konačnost” treba i dalje upotrebljavati i u upravno-pravnoj teoriji i praksi i u zakonodavstvu, te da sama činjenica što u ZUP-u navedenog pojma i izraza nema nikako ne znači da je on nestao iz pravnoga života. Željeli bismo, vezano uz ovakvo naše shvaćanje, samo istaknuti kako se u zakonskim tekstovima vrlo rijetko nailazi na izraz „slobodna ocjena”, ali da to, dakako, nikako ne znači da upravna tijela ne rješavaju primjenjujući slobodnu (diskrecijsku) ocjenu.

⁵⁵ „Izvršnost rješenja je svojstvo na temelju kojega se obvezana stranka može prisiliti da izvrši obvezu kad je ona u zakonskom ili rješenjem određenom roku nije dobrovoljno izvršila, odnosno pravna mogućnost ostvarenja izreke upravnog akta.“ Đerđa, op. cit., (bilj. 2), str. 306.

LITERATURA:

- Bienenfeld, Josip, *Primjena Zakona o upravnim područjima prostornog uređenja i gradnje nakon stupanja na snagu novog Zakona o općem upravnom postupku*, u: *Primjena Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2010. str. 266. – 286.
- Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Informator, Zagreb, 1981.
- Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
- Đerđa, Dario, *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010.
- Hartley Trevor C. *Temelji prava Europske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004.
- Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983.
- Jurić Knežević, Dunja, *Izvanredni pravni lijekovi u novom Zakonu o općem upravnom postupku*, u: Gagro, B., Jurić Knežević, D., Kasabašić, Š., Kosović Marković, M., Kriletić, M., Medvedović, D., Šimunec, R., ZUP - iskustva u praksi i primjeri, Novi informator, Zagreb, 2011., str. 75.-96.
- Krbek, Ivo, *Stranka u upravnom postupku*, Jugoslovenska štampa, Zagreb, 1928.
- Krbek, Ivo, *Zakon o općem upravnom postupku*, Naklada jugoslav. nakladnog d. d. „Obnova“, Zagreb, 1931.
- Krbek, Ivo, *Pravosnažnost (pravomoćnost) upravnog akta*, Naša zakonitost, 1-2 (1957), str. 4.-14.
- Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave*, III knjiga, Birotehnički izdavački zavod, Zagreb, 1962.
- Krijan, Pero, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2006.
- Medvedović, Dragan, *Pravno uređeni upravni postupci – pretpostavka moderne uprave*, u: *Modernizacija hrvatske uprave*, priredio: Ivan Koprić, Društveno veleučilište, Zagreb, 2003., str. 381.-394.
- Medvedović, Dragan, *Bitne razlike novog Zakona o općem upravnom postupku prema prijašnjem Zakonu o općem upravnom postupku*, u: *Primjena Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 19. – 65.
- Popović, Slavoljub, *Upravno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1959.
- Schwarze, Jurgen, *European Administrative Law*, Office for Official Publications of the European Communities, Sweet and Maxwell, London, 2006.

Schönberg, Søren, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, New York, 2000.

Stjepanović, Nikola, *Upravno pravo u SFRJ*, Privredni pregled, Beograd, 1973.

Šikić, Marko, Ofak, Lana, *Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1(2011), str. 127.-153.

Turčić, Zlatan, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku (s komentarima, prilogima, sudskom praksom i abecednim kazalom pojmova)*, Zakoni o upravnim sporovima (s prilogima i abecednim kazalom pojmova), Organizator, Zagreb, 2011

Summary

LEGAL EFFECTIVENESS, FINALITY AND ENFORCEABILITY IN THE ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

The author in the article describes and analyses the institutes governing legal effectiveness, finality and enforceability of decisions in Croatian general administrative proceedings. A historical development of these institutes is described in nutshell scrutinizing laws which regulated the issues of general administrative procedure in Croatian law. Furthermore, the author analyses positive legal regulations of the institutes in question according to the Law on General Administrative Procedure. A special attention has been given to the institute of finality emphasizing the time relationship between this institute and the institutes of legal effectiveness and enforceability. The author strongly insists on the fact that the institute of finality and the institute of enforceability are two different institutes and consequently, the legislator himself has to bear this in mind when enacting legal regulations on administrative proceedings in individual, different administrative areas.

Key words: legal effectiveness, finality, enforceability, administrative proceedings, administrative dispute.

Zusammenfassung

RECHTSKRAFT, ENDGÜLTIGKEIT UND VOLLSTRECKBARKEIT IM VERWALTUNGSVERFAHREN

In der Arbeit werden Institute der Rechtskraft, Endgültigkeit und Vollstreckbarkeit im kroatischen allgemeinen Verwaltungsverfahren beschrieben und analysiert. Summierend wird die historische Entwicklung der genannten Institute, durch Gesetze, mit denen im kroatischen Recht das Fach des allgemeinen Verwaltungsverfahrens geregelt wurde, beschrieben. Positiv-rechtliche Regelung des Instituts wird auch im Gesetz über das allgemeine Verwaltungsverfahren analysiert. Besondere Aufmerksamkeit schenkt man dem Endgültigkeitsinstitut und weist auf das Zeitverhältnis zwischen dem genannten Institut und dem Rechtskraft- und Vollstreckbarkeitsinstitut hin. Insbesondere wird die Tatsache betont, dass Endgültigkeit und Vollstreckbarkeit zwei unterschiedliche Institute sind, und dass davon auch der Gesetzgeber ausgehen muss, wenn er die Verfahren in einzelnen besonderen Verwaltungsbereichen regelt.

Schlüsselwörter: Rechtskraft, Endgültigkeit, Vollstreckbarkeit, Verwaltungsverfahren, Verwaltungsstreitigkeit.

RIASSUNTO

PASSAGGIO IN GIUDICATO, DEFINITIVITA' ED ESECUTORIETA' NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Nel contributo si descrivono ed analizzano il passaggio in giudicato, la definitività e l'esecutorietà nel procedimento amministrativo generale in Croazia. Sommariamente si descrive lo sviluppo storico degli istituti in esame attraverso le leggi che hanno regolato la materia del procedimento amministrativo generale nel diritto croato, come pure si analizza la disciplina prevista nella legge sul procedimento amministrativo generale. Particolare attenzione viene prestata alla definitività, osservando il rapporto temporale tra detto istituto ed il passaggio in giudicato e l'esecutorietà. In particolare modo si rileva come la definitività e l'esecutorietà siano due istituti diversi, come anche che da tale dato di fatto deve partire anche il legislatore quando disciplina i singoli procedimenti amministrativi speciali.

***Parole chiave:** passaggio in giudicato, definitività, esecutorietà, procedimento amministrativo, lite amministrativa.*

PRAVO PUTA NA JAVNIM NEKRETNINAMA RADI GRADNJE ELEKTRONIČKE KOMUNIKACIJSKE INFRASTRUKTURE

Dr. sc. Justina Bajt
Zagreb

UDK: 347.26::004.3/4
Ur.: 16. studenoga 2011.
Pr.: 15. prosinca 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U svom radu autorica istražuje implementaciju pravnog instituta «right of way» (prava puta) iz europske Direktive 2002/21/EC u pravni poredak Republike Hrvatske. Pravo puta je pravo koje se odnosi na korištenje javnih i drugih nekretnina radi izgradnje, postavljanja, korištenja, održavanja i razvoja elektroničke komunikacijske infrastrukture. Zakonom o elektroničkim komunikacijama utvrđeni javni, državni interes gradnje, postavljanja i razvoja elektroničke komunikacijske infrastrukture omogućava investitorima gradnje te infrastrukture, koji su u najvećem broju slučajeva i operatori javnih komunikacijskih mreža, da pod povlaštenim uvjetima utvrđenim zakonom, mogu koristiti opće dobro i nekretnine u vlasništvu osoba javnog prava (države i lokalnih zajednica) na temelju prava puta.

Autorica zaključuje da je donošenjem Zakona o elektroničkim komunikacijama 2008. godine bilo omogućeno infrastrukturnim operatorima stjecanje prava puta za elektroničku komunikacijsku infrastrukturu koja je bila izgrađena u trenutku stupanja navedenoga zakona na snagu, te za infrastrukturu koja se gradi nakon 1. srpnja 2008. godine. Međutim, donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkim komunikacijama 2011. godine nastale su velike promjene u primjeni instituta prava puta radi gradnje nove infrastrukture. Budući da je brisana mogućnost stjecanja prava puta na općem dobru, javnim i drugim nekretninama radi gradnje nove elektroničke komunikacijske infrastrukture te je institut prava puta moguće primijeniti samo za ranije izgrađenu infrastrukturu, autorica smatra da će takva zakonska rješenja negativno utjecati na daljnji razvoj elektroničke komunikacijske infrastrukture. Također je mišljenja da postoji vrlo mala vjerojatnost da će infrastrukturni operatori graditi infrastrukturu bez uređenih odnosa s upraviteljem općeg dobra, odnosno vlasnicima javnih i drugih nekretnina u skladu s općim i posebnim stvarnopravnim uređenjem, a što u RH u ovom trenutku znači da će morati pričekati sređivanje zemljišnoknjižnog stanja. Zakonske promjene iz 2011.

godine zapravo su u suprotnosti s onim načelima koja su postavljena čl. 11. Direktive 2002/21/EC i koja su bila implementirana u Zakon o elektroničkim komunikacijama 2008. godine, a odnose se na gradnju nove elektroničke komunikacijske infrastrukture. Stoga, autorica predlaže da se hrvatski propisi o pravu puta usklade s navedenom Direktivom čiji je temeljni cilj omogućavanje jednostavnijeg uređenja korištenja javnih i drugih nekretnina radi gradnje nove elektroničke komunikacijske infrastrukture.

Ključne riječi: *pravo puta, elektronička komunikacijska infrastruktura, vlasništvo, opće dobro, javne nekretnine*

1. UVOD

Kraj XX. i početak XXI. stoljeća obilježio je izuzetno intenzivan tehnološki razvoj elektroničkih komunikacija i njihovo uvođenje u gotovo sva područja života suvremenoga čovjeka. Informacijska i komunikacijska tehnologija kao najprodornija generička tehnologija današnjice ima na razvitak čovječanstva mnogostruko značajniji utjecaj nego što je to imala bilo koja tehnologija iz prošlosti. Bez elektroničkih komunikacija postalo je nezamislivo funkcioniranje međunarodne zajednice, država, lokalnih zajednica i drugih subjekata javnog prava, ali i privatnopravnih subjekata – od moćnih korporacija do građana svih životnih doba. Elektronička komunikacijska infrastruktura i povezana oprema (dalje u tekstu: EKI) temelj je bez kojega ne bi mogle funkcionirati elektroničke komunikacijske mreže niti se pružati i koristiti elektroničke komunikacijske usluge. Stoga, u propisima Europske unije (EU) i nacionalnim propisima država članica izgradnja, korištenje, održavanje i razvoj EKI imaju poseban značaj.

Zahtjevi za liberalizacijom telekomunikacijskog sektora te regulatorni okvir na razini europskih integracija nametnuli su državama članicama obvezu smanjenja državnog utjecaja na taj sektor preko državnih telekomunikacijskih operatora (tzv. *incumbent operator*). Istodobno su nametnuli i obvezu stvaranja uvjeta za jačanje privatnih telekomunikacijskih operatora - trgovačkih društava koja u skladu sa zakonom pružaju javne telekomunikacijske usluge.¹ Uz navedeno, statusne promjene koje su se događale na strani pravnih sljednika državne imovine telekomunikacijskog sektora također su se odrazile na prava tih, ali i novih operatora, kao privatnopravnih gospodarstvenih subjekata, koja ih ovlašćuju koristiti javne nekretnine radi gradnje infrastrukture potrebne za pružanje javnih telekomunikacijskih usluga. Osim što imaju obvezu osigurati javne telekomunikacijske usluge, ti pravni subjekti imaju

1 Pojam „telekomunikacije“ od 2002. godine zamijenjen je u dokumentima EU, a potom i u propisima država članica pojmom „elektroničke komunikacije“. Tada je EU donijela tzv. regulatorni okvir za elektroničke komunikacije i 2002. godine koji se sastoji od nekoliko direktiva među kojima je za infrastrukturu ključna Direktiva 2002/21/EC. Promjena nazivlja bila je posljedica tehničkog napretka u području komunikacija.

obvezu neposredno osigurati i potrebnu infrastrukturu za pružanje navedenih javnih usluga. Obveza osiguranja potrebne infrastrukture ne odnosi se samo na gradnju, odnosno postavljanje novih objekata infrastrukture nego i na održavanje u ispravnom stanju postojećih objekata, a što znači da je potrebno omogućiti pristup na nekretnine na kojima se ti objekti nalaze.

EU je prepoznala da je za razvoj elektroničkih komunikacija nužno otkloniti zaprjekoje koje sprječavaju ili otežavaju ulaganja u gradnju nove i razvoj postojeće EKI. Da bi se operatore javnih elektroničkih komunikacijskih mreža i druge investitore potaknulo na ulaganje u EKI na nacionalnoj razini mora biti zakonskim propisima omogućeno jednostavno i brzo rješavanje međusobnih odnosa vlasnika nekretnina (zemljišta) na kojima se gradi objekte EKI i investitora tih objekata. Stoga, u pravnoj stečevini EU-a u Direktivi 2002/21/EC (tzv. Okvirnoj direktivi)² uvodi se institut prava puta (*«right of way»*). Iako se u čl. 11. Direktive ne daje definicija pravnog instituta *«right of way»*, odredbama toga članka određuje se:

- a. sadržaj toga prava kao pravo na izgradnju/postavljanje infrastrukturnih elemenata (cijevi, kabela, kanalizacija, kabeli, postrojenja, oprema, uređaji itd.) na, iznad ili ispod javnog ili privatnoga zemljišta i zgrada,
- b. subjekti koji odlučuju o pravu te oni koji mogu zahtijevati dodjelu tog prava,
- c. objekti prava i
- d. postupak.

Direktiva određuje prava i obveze države članice, nadležnih upravnih tijela i tijela lokalnih vlasti, te pravnih osoba koje obavljaju javnu komunikacijsku djelatnost, odnosno koje imaju na raspolaganju elektroničku komunikacijsku mrežu koja nije javna. Odredbom čl. 11. Direktive 2002/21/EC propisuje se minimum koji se očekuje od država članica u poštivanju prava operatora elektroničkih komunikacija. To znači da svaka država članica može svojim nacionalnim zakonodavstvom odrediti i veća prava operatora u pristupu javnim površinama (zemljištima i zgradama) radi izgradnje, postavljanja, održavanja, iskorištavanja, razvoja i dr. objekata EKI. Države članice također moraju voditi računa i o omogućavanju operatorima pristupa privatnim zemljištima i zgradama radi izgradnje/postavljanja i dr. EKI, tako da nadležno tijelo (*competent authority*), odluči o postavljenim zahtjevima na propisani način i u propisanom postupku. Nekretnine koje Direktiva 2002/21/EC označava kao privatne bile bi one koje su u vlasništvu fizičkih i pravnih osoba različitih od osoba javnoga prava. *«Right of way»* u smislu čl. 11. navedene Direktive pravo je koje se odnosi na korištenje određene nekretnine radi točno određene svrhe izgradnje, odnosno postavljanja i dr. objekata EKI. Nekretnina time ne gubi svoju osnovnu namjenu, nego se samo omogućava da na njezinoj površini, iznad ili ispod površine, tj. na određenom dijelu površine, određenoj visini ili dubini ovlaštenik podnošenja zahtjeva ugradi, izgradi, odnosno postavi svoj objekt EKI, odnosno dio svog objekta i potom ga održava, popravlja, razvija i koristi.

2 Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive), Official Journal of the European Communities L 108, 24.4.2002, p. 33.

Države članice EU-a pravni su institut *«right of way»*, u pravilu, implementirale u svoje nacionalne propise o telekomunikacijama, odnosno elektroničkim komunikacijamatako da su ga uskladile i sa svojim općim stvarnopravnim uređenjem. Radi uklanjanja nepotrebnih administrativnih prepreka i olakšavanja izgradnje EKI, većina država EU-a zakonom je još prije donošenja Direktive 2002/21/EC zasnovala posebno pravo puta u korist operatora javnih elektroničkih komunikacijskih mreža na javnim nekretninama. Iako te države u svom pravnom sustavu slijede načelo pravnog jedinstva nekretnine, u svojim građanskim zakonicima ili u zakonima koji uređuju područje elektroničkih komunikacija, određuju i izuzetke od toga načela u korist vlasnika EKI koji ju je izgradio. Time je omogućeno operatorima da, kao vlasnici infrastrukture, dalje razvijaju elektronički komunikacijski sustav radi pružanja korisnicima javnih elektroničkih komunikacijskih usluga.

Republika Hrvatska (RH) u procesu usklađivanja svojih propisa s pravnom stečevinom EU-a 2008. godine u svoj pravni poredak uvela je Zakonom o elektroničkim komunikacijama (ZEK)³ institut pravo puta radi gradnje EKI. Međutim, izmjenama i dopunama toga Zakona institut prava puta doživio je velike promjene, koje u praksi mogu rezultirati brojnim negativnim posljedicama za daljnju gradnju i razvoj EKI.

Stoga je cilj ovoga rada prikazati stanje pravnog uređenja prava puta u RH kao posebnog pravnog instituta kojim bi država trebala omogućiti jednostavniju i bržu gradnju EKI i time ostvarivanje javnog interesa, upozoriti na neke nedostatke u takvom uređenju te dati poticaj za šire razmatranje problema koji su s time povezani. To su napose pitanja stjecanja prava puta na nekretninama u vlasništvu ili pod upravljanjem osoba javnog prava na kojima je već ranije izgrađena EKI, a ne postoje riješeni imovinskopravni odnosi s vlasnicima/upraviteljima nekretnina u skladu s općim stvarnopravnim uređenjem. Također su to i pitanja stjecanja prava puta radi gradnje nove EKI. Sasvim sigurno, time se neće odgovoriti na sva otvorena pitanja, ali se čini korisnim barem pokušati utvrditi neke ključne nelogičnosti pozitivnog uređenja te predložiti načela po kojima bi se korištenje javnih nekretnina na temelju prava puta radi gradnje EKI moglo urediti tako da bude jednostavnije, a po učincima svrsishodnije i za vlasnike, odnosno upravitelje javnih nekretnina, s jedne strane i za korisnike tih nekretnina kao investitore i vlasnike EKI, s druge strane. Osnovna je misao vodilja da zakonska rješenja budu u skladu s javnim interesom gradnje EKI kao ključne infrastrukture za razvoj globalnoga znanja i ekonomije temeljene na informacijama i znanju. Time se stvaraju uvjeti za napredak države, lokalnih zajednica, drugih pravnih i fizičkih osoba, umjesto da zakonska rješenja otvaraju prostor za različite interpretacije, koje nedvojbeno dovode do pravne nesigurnosti i ne pogoduju ulaganjima u gradnju i razvoj EKI, a koje su u razdoblju krize i recesije za državu itekako poželjne.

3 Zakon o elektroničkim komunikacijama, NN 73/08 i 90/11, dalje u tekstu: ZEK.

2. IMPLEMENTACIJA PRAVNOG INSTITUTA «RIGHT OF WAY» (PRAVA PUTA) U HRVATSKE PROPISE

RH je u procesu usklađivanja hrvatskoga zakonodavstva s pravnom stečevinom EU (*acquis communautaire*), između ostalog, imala obvezu uskladiti svoje propise u području telekomunikacija, odnosno elektroničkih komunikacija⁴ s Direktivom 2002/21/EC, koja uređuje pravni institut «*right of way*».⁵ Uvažavajući najbolju praksu (*best practice*) u državama članicama EU-a kada je u pitanju institut «*right of way*» i temeljno načelo u EU da ne smije postojati diskriminacija s obzirom na mogućnost gradnje EKI, što podrazumijeva da svatko, tko ispunjava zakonske uvjete, može graditi svoju EKI, RH je 2008. godine u čl. 2. Zakona o elektroničkim komunikacijama definirala pravo puta kao «*pravo pristupa, postavljanja, korištenja, popravljavanja i održavanja elektroničke komunikacijske mreže i elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme, što obuhvaća i kabelsku kanalizaciju, kao i druga s tim povezana prava koja čine teret na nekretnini na kojoj je izgrađena elektronička komunikacijska infrastruktura i povezana oprema. Upravitelj općeg dobra ili vlasnik nekretnine obavezan je trpjeti pravo puta i suzdržati se od bilo kakve radnje kojom bi se na bilo koji način ometalo ostvarivanje tog prava*» (čl. 2/1/41 ZEK). Također, RH je ostavila mogućnost uređivanja korištenja općeg dobra i drugih javnih nekretnina, ali i nekretnina u vlasništvu privatnopravnih subjekata radi gradnje EKI u skladu s pravnim pravilima svojeg općeg i posebnog stvarnopravnog uređenja.

2.1. Zakon o elektroničkim komunikacijama (ZEK) iz 2008. godine

ZEK je u pravni poredak RH uveo 2008. godine novi pravni institut – pravo puta koji ima sljedeća obilježja:

- *Sadržaj prava puta*: pravo/ovlast koristiti se nekretninom (općim dobrom i nekretninama u vlasničkom režimu) radi gradnje, pristupa, postavljanja, održavanja i korištenja elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme, pod nediskriminirajućim uvjetima za sve ovlaštenike prava. Planiranje izgradnje, kao i gradnja EKI podliježu propisima o prostornom uređenju i gradnji. Pravo puta je ekskluzivno, što znači da ovlaštenik istoga ima pravo graditi i postavljati EKI

4 Više v. Sveučilište u Zagrebu, Fakultet elektrotehnike i računarstva: Studija – Strategija razvoja telekomunikacija i Interneta od 2003. do 2005. godine, Zagreb, 2003., str. 22-25 http://hidra.srce.hr/arhiva/18/5093/Strategija_razvoja_telekomunikacija_i_interneta.pdf. Nacionalni program Republike Hrvatske za pristupanje Europskoj uniji – 2007. godina, Vlada RH, Zagreb, siječanj 2007. <http://www.google.hr/search?hl=hr&source=hp&q=Nacionalni+program+Republike+Hrvatske+za+pristupanje+Europskoj+uniji+%E2%80%93+2007.+godina%2C+Vlada+RH%2C+Zagreb%2C+sije%C4%8Danj+2007.+&btnG=Google+pretra%C5%BEivanje&meta=&aq=null&oq=>

5 «*Rights of Way*» određen je u čl. 11. Direktive 2002/21, a to pravo bi u prijevodu na hrvatski jezik značilo «prava puta».

sukladno zakonu i međunarodnim standardima iz toga područja. Isto pravo uključuje i pravo popravljati, nadograđivati, zamjenjivati ili dodavati dodatnu infrastrukturu bez potrebe pribavljanja nekog dodatnog/proširenog ovlaštenja za korištenje predmetne nekretnine.

- *Opseg prava puta*: pravo se odnosi na nekretnine u nevlasničkom režimu (opća dobra) te na nekretnine u vlasništvu osoba javnog prava i privatnopravnih subjekata.⁶

- *Uspostava/zasnivanje prava*: temeljem zakona, te za nastanak/zasnivanje prava puta nije potreban upis u bilo koje javne registre (zemljišne knjige itd.). Potvrda o pravu puta koju izdaje nadležno regulatorno tijelo deklaratorne je naravi. Regulatorno javnopravno tijelo u postupku, koji mora biti transparentan, učinkovit, pravodoban i nediskriminatorni, temeljen na javno objavljenim pravilima, utvrđuje je li ispunjenjem zakonskih pretpostavki zasnovano pravo puta.⁷

6 Objekti na koje se prema Direktivi 2002/21/EC odnosi «*right of way*» javne su i privatne nekretnine – zemljišta i zgrade. Pod riječju «zgrade» smatramo da se radi ne samo o građevinama koje služe kao poslovni ili stambeni prostor, nego i o drugim vrstama građevina. Koje su to nekretnine koje su definirane kao javna zemljišta i zgrade ovisi o stvarnopravnom uređenju u svakoj od država članica. U pravilu, nekretnine koje spadaju u javni segment su one koje su u vlasništvu države, njezinih tijela i jedinica lokalne vlasti ili su stavljene u poseban pravni režim kao *res extra commercium*. Nekretnine koje Direktiva 2002/21/EC označava kao privatne bile bi one koje su u vlasništvu fizičkih i pravnih osoba različitih od osoba javnog prava. «*Right of way*» je pravo koje se odnosi na korištenje određene nekretnine radi točno određene svrhe ugradnje, izgradnje, postavljanja objekata EKI. Nekretnina time ne gubi svoju temeljnu namjenu, nego se samo omogućava da na njezinoj površini, iznad ili ispod površine, tj. na određenom dijelu površine, određenoj visini ili dubini ovlaštenik podnošenja zahtjeva ugradi, izgradi, postavi svoj objekt EKI.

7 Prema odredbama čl. 11. Direktive 2002/21/EC nadležno tijelo (*competent authority*) provodi postupak ispitivanja zahtjeva za dodjelu prava na ugradnju, izgradnju, postavljanje na, iznad ili ispod javnog ili privatnog zemljišta i zgrade objekta EKI. Pri tomu, utvrđuje je li zahtjev podnijela ovlaštena osoba i odnosi li se zahtjev na objekt koji je definiran kao javno ili privatno zemljište i zgrada. Nadležno tijelo u svakoj etapi postupka mora postupati tako da djeluje na temelju transparentnih, javno dostupnih postupaka koji se primjenjuju na nediskriminirajući način i bez odgode. Također je dužno slijediti načela transparentnosti i nediskriminacije kada «*right of way*» veže za ispunjenje nekog uvjeta. Postupak se može razlikovati ovisno o tomu stavlja li podnositelj zahtjeva na raspolaganje javne komunikacijske mreže ili se radi o komunikacijskim mrežama koje nisu javne (tzv. privatnim komunikacijskim mrežama). Direktiva ne određuje u čemu se sastoji razlika u postupku, nego to prepušta nacionalnom zakonodavstvu svake od država članica. Osim navedenog, određeno je i da svaka država članica mora voditi računa o tomu da nadležno tijelo kod ispitivanja zahtjeva za dodjelu prava na ugradnju, izgradnju, postavljanje objekta EKI poštuje navedeni postupak i primjenu navedenih načela. Direktiva ne pravi razliku između postupka koji bi bio primijenjen u slučaju javnog zemljišta i zgrada, od onoga koji bi se odnosio na privatno zemljište i zgrade. Nacionalnim zakonodavstvom moguće je urediti različito postupanje u slučaju javnih nekretnina od postupanja u slučaju privatnih nekretnina, vodeći računa da se u određivanju postupaka uvažava minimum prava operatora koji zahtjeva Direktiva 2002/21/EC.

Države članice dužne su voditi računa o postojanju učinkovitih postupaka koji će omogućiti operatorima ulaganje žalbe na odluku o dodjeli prava ugradnje, izgradnje, postavljanja infrastrukturnih objekata kod institucije koja je neovisna u odnosu na uključene strane. Svaka

• *Ovlaštenici prava*: pravni subjekti koji sukladno odredbama ZEK-a imaju status infrastrukturnog operatora.⁸

• *Naknada*: naknada za korištenje općeg dobra i nekretnina u vlasništvu osoba javnog prava mora postići svrhu poticanja konkurencije u području elektroničkih komunikacija temeljene na infrastrukturi (*infrastructure based competition*) i mora biti određena proporcionalno u odnosu na namjeravano korištenje zemljišta.

ZEK, polazeći od odredbe čl. 3. kojom je određeno da je «*elektronička komunikacijska infrastruktura, obavljanje djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga, gradnja, održavanje, razvoj i korištenje elektroničkih komunikacijskih mreža i elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme*» interes RH, uređuje u čl. 27.-29. korištenje općeg dobra i nekretnina drugih temeljem prava puta.

2. ODREĐENJE INFRASTRUKTURNOG OPERATORA

Opća je odredba u čl. 27/1 ZEK-a da operatori javnih komunikacijskih mreža imaju prava infrastrukturnog operatora na cijelom području RH, što obuhvaća gradnju, održavanje, razvoj i korištenje elektroničke komunikacijske mreže i EKI na općem dobru, na nekretninama u vlasništvu RH i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave (dalje u tekstu: JLPS) te na nekretninama u vlasništvu drugih pravnih i fizičkih osoba. ZEK određuje da infrastrukturni operator može biti pravna ili fizička osoba (čl. 2/1/17) čija je djelatnost građenje, održavanje, razvoj i korištenje elektroničke komunikacijske mreže i EKI.⁹ Da bi obavljao tu djelatnost

država u svom pravnom sustavu mora omogućiti da neovisna institucija u žalbenom postupku ocijeni opravdanost odluke o dodjeli ili uskraćivanju dodjele prava koje se definira čl. 11. Direktive 2002/21 kao «*right of way*».

8 Direktivom 2002/21/EC određeno je da pravo zahtijevati dodjelu prava na ugradnju, izgradnju, postavljanje objekata EKI na, iznad ili ispod javnog ili privatnog zemljišta i zgrade ima pravna osoba (operator):

- koji ima dozvolu (odobrenje) za davanje na raspolaganje javne komunikacijske mreže,
- koji ima dozvolu (odobrenje) za davanje na raspolaganje mreža za elektroničku komunikaciju koje nisu javne.

Subjekti koji nemaju navedene dozvole (odobrenja) nisu obuhvaćeni pravom na podnošenje zahtjeva za dodjelu «*right of way*» od nadležnog tijela. Međutim, Direktiva ne sprječava države članice da to pravo svojim nacionalnim propisima prošire i na neke druge subjekte, ako za to postoji potreba. U svakom slučaju smatramo da od primjene prava na podnošenje zahtjeva za dodjelu «*right of way*» država članica ne može izuzeti gore navedene subjekte.

9 Po ranijim propisima o telekomunikacijama, telekomunikacijska djelatnost mogla se obavljati samo na temelju koncesije, odnosno posebne dozvole. Nova regulativa na razini EU-a zahtijevala je promjenu režima koncesije u režim općeg odobrenja/ovlaštenja za obavljanje elektroničke komunikacijske djelatnosti. Zbog toga je ZEK uveo opće ovlaštenje u čl. 31. kojim je dano zakonsko pravo svakoj pravnoj ili fizičkoj osobi da postavi, upotrebljava i daje na korištenje elektroničku komunikacijsku mrežu te pruža elektroničke komunikacijske usluge na području RH bez pribavljanja posebnog ovlaštenja, ali uz poštovanje uvjeta koje utvrđuje ZEK i provedbeni propisi. Iako operatori stječu opće ovlaštenje na temelju zakonske odredbe, oni moraju obavijestiti HAKOM u pisanom obliku, najmanje petnaest dana unaprijed, o početku, promjenama i završetku obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža

infrastrukturni operator može koristiti:

- a) nekretnine koje ima u svome vlasništvu,
- b) nekretnine drugih (u javnom vlasništvu i vlasništvu privatnopravnih subjekata) i
- c) nekretnine u režimu općeg dobra.

ZEK omogućava da se odnosi glede korištenja nekretnina za građenje, održavanje, razvoj i korištenje EKI urede primjenom općih propisa o vlasništvu i drugim stvarnim pravima te posebnim propisima o općem dobru.¹⁰ Međutim, omogućeno je i da se korištenje nekretnina uredi kao pravo puta sukladno odredbama ZEK-a kojima je bilo uređeno stjecanje prava puta radi gradnje nove EKI (čl. 27.), te za infrastrukturu koja je bila izgrađena u trenutku stupanja ZEK-a na snagu, ako su bile ispunjene zakonom propisane pretpostavke za stjecanje prava puta (čl. 28.).

i usluga. U prijelaznim i završnim odredbama ZEK-a (čl. 123.) određen je prijelaz iz režima koncesije i dozvola na režim općeg ovlaštenja.

- 10 Dok su javne ceste bile u režimu općeg dobra infrastrukturni operator mogao je u skladu sa ZJC (NN 180/04, 82/06, 138/06, 146/08, 152/08, 38/09, 124/09) graditi objekte EKI na cestovnom zemljištu samo na temelju ugovora o korištenju cestovnog zemljišta (čl. 17. ZJC). Stupanjem na snagu ZID ZJC-a (NN 153/09) javne ceste postale su javno dobro u općoj uporabi u vlasništvu RH i na njima se ne mogu stjecati stvarna prava. Međutim, ZID ZJC propisuje da se na javnoj cesti, kao javnom dobru u općoj uporabi u vlasništvu RH, može osnovati služnost i pravo građenja radi izgradnje građevina elektroničkih komunikacija, te komunalnih, energetskih i vodnogospodarskih građevina na način propisan tim Zakonom. Tako u korist infrastrukturnog operatora kao investitora građevine elektroničkih komunikacija na cestovnom zemljištu osniva se pravo služnosti, odnosno pravo građenja s trajanjem dok je građevina u funkciji zbog koje je izgrađena (čl. 17/4). Prijenos prava služnosti, odnosno prava građenja dopušten je u korist osobe koja je na temelju posebnog zakona ovlaštena upravljati građevinama elektroničkih komunikacija, a to je sukladno odredbama ZEK-a infrastrukturni operator. Novi Zakon o cestama (NN 84/11) ne uređuje osnivanje služnosti, odnosno prava građenja s rokom trajanja dok je građevina elektroničkih komunikacija u funkciji zbog koje je izgrađena. Također ZC ne uređuje mogućnost prijenosa prava služnosti ili prava građenja s investitora – vlasnika te građevine na stjecatelja prava vlasništva na građevini.

Osnivanje prava služnosti ili prava građenja te prava i obveze investitora građevina elektroničkih komunikacija utvrđuju se ugovorom kojeg sklapaju upravitelj javne ceste i infrastrukturni operator. Osim upravitelja javne ceste, koncesionar koji ima koncesiju za upravljanje javnom cestom mogao je temeljem ZID ZJC-a sklopiti s investitorom gradnje građevine elektroničkih komunikacija (infrastrukturnim operatorom) ugovor o osnivanju služnosti ili pravu građenja (čl. 17/8). Za građevine elektroničkih komunikacija koje su izgrađene na javnoj cesti do stupanja na snagu ZID ZJC-a propisano je da pravna osoba koja upravlja javnom cestom temeljem toga Zakona mora u roku 12 mjeseci od dana stupanja toga Zakona, sklopiti ugovore o osnivanju prava služnosti odnosno prava građenja s pravnom osobom koja je po posebnom zakonu investitor tih građevina, a to je sukladno odredbama ZEK-a infrastrukturni operator. Sklapanjem tih ugovora prestat će važiti ugovori o korištenju cestovnog zemljišta ranije sklopljeni za te građevine, odnosno prava koja su stekle na javnoj cesti osobe koje su po posebnom zakonu investitori građevina elektroničkih komunikacija, tj. infrastrukturni operatori (čl. 25. ZID ZJC). Identična pravna rješenja uređenja imovinskopravnih odnosa između upravitelja javnih cesta i investitora (vlasnika) građevina EKI sadržana su i u važećem ZC kojim je stavljen izvan snage ZJC.

Na nekretninama u režimu općeg dobra koje su pomorsko dobro sukladno Zakonu o pomorskom dobru i morskim lukama (ZPDML) dobiva se koncesija za posebnu upotrebu pomorskog dobra na zahtjev infrastrukturnog operatora (čl. 17/2 i 19. ZPDML).

Sukladno općem stvarnopravnom uređenju infrastrukturni operator na nekretninama u vlasništvu javnopravnih i privatnopravnih subjekata, u pravilu, stječe služnost, ali nije isključena niti mogućnost stjecanja prava građenja. Budući da ZEK upućuje na primjenu općih stvarnopravnih propisa, služnost i pravo građenja moguće je steći: **a)** pravnim poslom između vlasnika nekretnine i infrastrukturnog operatora; **b)** odlukom suda ili tijela javne vlasti. Služnost se može steći i na temelju zakona – dosjelošću. Pravo puta infrastrukturni operator mogao je po odredbama ZEK-a iz 2008. godine steći ako su ispunjene zakonske pretpostavke određene u čl. 27. i 28. ZEK-a za stjecanje toga prava. Međutim, ZID ZEK uredio je da infrastrukturni operator može steći pravo puta na općem dobu, javnim i drugim nekretninama samo za izgrađenu infrastrukturu i to ako su ispunjene pretpostavke utvrđene u čl. 28. toga zakona. Time više nije moguće steći pravo puta radi gradnje nove EKI, a što je zapravo smisao čl. 11. Direktive 2002/21/EC.

Ako definiciju infrastrukturnog operatora stavimo u odnos s općom odredbom čl. 27/1 ZEK-a po kojoj operatori javnih komunikacijskih mreža imaju prava infrastrukturnog operatora na cijelom području RH, tada proizlazi da svaki operator javnih komunikacijskih mreža može biti infrastrukturni operator. To znači da svaki operator javnih komunikacijskih mreža može graditi, postavljati, održavati i razvijati svoju EKI na području cijele RH i da će zbog te svoje djelatnosti imati status infrastrukturnog operatora. Taj ga status određuje, s jedne strane, prema vlasnicima nekretnina, odnosno upraviteljima općeg dobra na kojima se gradi infrastruktura, a s druge, prema korisnicima te infrastrukture.

Infrastrukturni operator, kao vlasnik EKI, može koristiti tu infrastrukturu za obavljanje djelatnosti javnih komunikacija, pa tada ima i status operatora, odnosno operatora javnih komunikacijskih mreža. Međutim, operator javnih komunikacijskih mreža ne mora imati vlastitu EKI nego može koristiti tuđu tj. onu koja je u vlasništvu infrastrukturnog operatora. Zbog toga smatramo da je ZEK uveo i pojam «*operator korisnik*», a to je onaj operator koji koristi tuđu EKI radi postavljanja i korištenja vlastite elektroničke komunikacijske mreže. Operator korisnik nije vlasnik niti nositelj drugoga stvarnog prava ili prava puta na EKI ili na nekretninama na kojima je EKI izgrađena. Odnosi između operatora korisnika i infrastrukturnog operatora obveznopravne su naravi i uređuju se temeljem čl. 30. ZEK-a i podzakonskih propisa koje donosi regulator HAKOM. Dakle, infrastrukturni operator, s jedne strane ima pravo koristiti nekretnine u režimu općeg dobra, odnosno vlasništvu javnopravnih i privatnopravnih subjekata radi gradnje, postavljanja, održavanja, razvoja, korištenja EKI, a s druge strane, ima obvezu svoju infrastrukturu dati na korištenje drugim operatorima korisnicima, pod zakonom određenim uvjetima.

3. STJECANJE PRAVA PUTA NA OPĆEM DOBRU I NEKRETNINAMA U JAVNOM VLASNIŠTVU – PRAVNA PREDMNJEVA O PRAVU PUTA IZ ČL. 28/1 ZEK-A

Predmnjeva o korištenju općeg dobra i nekretnina drugih na temelju prava puta uređena je čl. 28/1 ZEK-a (*praesumptio iuris*). Ta predmnjeva rješava odnose između infrastrukturnog operatora, kao vlasnika EKI,¹¹ i vlasnika nekretnina, odnosno upravitelja općeg dobra na kojima je izgrađena ta infrastruktura. *Ratio* ove odredbe premošćivanje je negativnoga nasljeđa iz razdoblja društvenog vlasništva i omogućavanje i infrastrukturnom operatoru i vlasnicima nekretnina, odnosno upraviteljima općeg dobra rješavanje međusobnih odnosa koji iz bilo kojih razloga nisu bili do toga trenutka uređeni sukladno općem i posebnom stvarnopravnom uređenju. Međutim, ta odredba ima veći domašaj nego što je rješavanje odnosa između vlasnika EKI i upravitelja općeg dobra, odnosno vlasnika nekretnina na kojima je ta infrastruktura izgrađena, a koji nisu bili riješeni sukladno općim i posebnim propisima u trenutku stupanja ZEK-a na snagu. Gramatičkim tumačenjem odredbe čl. 28/1 ZEK-a može se zaključiti da se ta odredba odnosi na infrastrukturu koja je izgrađena prije stupanja na snagu ZEK-a, ali i na onu koja će biti izgrađena nakon njegova stupanja na snagu. Dakle, EKI mora biti izgrađena na općem dobru, odnosno nekretnini u vlasništvu da bi se primijenila odredba čl. 28/1 ZEK-a.

ZEK određuje koje pravne činjenice moraju postojati u trenutku stupanja toga zakona na snagu da bi se primijenila predmnjeva o pravu puta iz čl. 28/1. Oboriva predmnjeva (*praesumptio juris*) je da infrastrukturni operator ima pravo puta ako su on ili njegovi pravni prednici izgradili EKI na općem dobru, na nekretninama u vlasništvu RH i JLPS-a, te na nekretninama u vlasništvu drugih pravnih i fizičkih osoba, pri čemu mora biti ispunjen barem jedan od sljedećih uvjeta:

- a. infrastrukturni operator posjeduje građevinsku dozvolu izdanu na svoje ime ili na ime svojih univerzalnih ili pojedinačnih pravnih prednika (čl. 28/1/1 ZEK), odnosno ZID ZEK-a propisuje da infrastrukturni operator mora posjedovati uporabnu dozvolu,
- b. infrastrukturni operator koristi EKI bez sudskog spora s upraviteljem općeg dobra ili vlasnikom nekretnine, na kojoj je izgrađena ta infrastruktura, u razdoblju od najmanje tri godine od početka njezina korištenja.

EKI obuhvaćena ovom predmnjevom je sva ona infrastruktura koja je postojala u trenutku stupanja na snagu ZEK-a, tj. 1. srpnja 2008. godine, a za koju su ispunjene zakonom određene pretpostavke. To znači da su sve osobe (pravne i fizičke) koje su u trenutku stupanja ZEK-a na snagu imale svojstvo infrastrukturnog operatora, stekle pravo puta na nekretninama u režimu općeg dobra i vlasništvu javnopravnih i privatnopravnih subjekata za svu onu EKI koja je bila u njihovoj

¹¹ Iako se u čl. 28. izrijekom ne govori da je infrastrukturni operator vlasnik EKI, ZEK u nekoliko odredaba upućuje na vlasništvo infrastrukturnog operatora (npr. čl. 2/1/35; 30/2 ZEK).

imovini, a ispunjavala je bilo koji od gore navedena dva uvjeta. Međutim, upitno je kako tumačiti promjenu pravne pretpostavke u čl. 28/1/1, tj. posjedovanje uporabne dozvole za onu infrastrukturu koja je postojala 1. srpnja 2008. godine i za koju je u tom trenutku bila ispunjena pretpostavka posjedovanja građevinske dozvole, a infrastrukturni operator nije zatražio od HAKOM-a izdavanje potvrde o pravu puta koja nije konstitutivne nego deklaratorne naravi. Mišljenja smo da za svu onu EKI koja je izgrađena do stupanja na snagu ZID ZEK-a postoji pravna predmnjeva o pravu puta, ako je infrastrukturni operator posjedovao građevinsku dozvolu, te HAKOM ne može uskratiti izdavanje potvrde o pravu puta pozivajući se na činjenicu da infrastrukturni operator ne posjeduje u trenutku izdavanja potvrde o pravu puta uporabnu dozvolu. Pravna pretpostavka posjedovanja uporabne dozvole može se odnositi samo na stjecanje prava puta po čl. 28/1/1 za onu infrastrukturu koja je izgrađena nakon stupanja na snagu ZID ZEK-a. Pored općih pretpostavki stjecanja stvarnih prava, moraju biti ispunjene i posebne zakonom određene pretpostavke za stjecanje prava puta na nekretninama u režimu općeg dobra, nekretninama u javnom vlasništvu i u vlasništvu privatnopravnih subjekata.

Zakonodavac je donošenjem ZEK-a 2008. godine napravio razliku između stjecanja prava puta za već izgrađenu infrastrukturu na općem dobru, javnim nekretninama i nekretninama u vlasništvu pravnih i fizičkih osoba (čl. 28/1) i stjecanja prava puta radi buduće gradnje EKI (čl. 27.). Prema čl. 28/1 pravo puta stječe se jer infrastruktura već postoji na određenom općem dobru, odnosno nekretnini u vlasništvu. Za razliku od toga, čl. 27. ZEK-a određuje da infrastruktura ne postoji na određenom općem dobru, odnosno nekretnini u vlasništvu, nego ju infrastrukturni operator tek namjerava graditi. Da bi legalno koristio to opće dobro, odnosno nekretninu u vlasništvu, infrastrukturni operator mora dobiti suglasnost upravitelja općeg dobra, odnosno vlasnika nekretnine. Tako je čl. 27. ZEK-a, do stupanja na snagu ZID ZEK-a,¹² detaljno uređivao stjecanje prava puta za svu EKI koja će se graditi nakon stupanja ZEK-a na snagu. Između ostalog, ZEK u tom članku određuje predmnjeve o stjecanju prava puta davanjem suglasnosti upravitelja općeg dobra, odnosno vlasnika nekretnina za korištenje tih nekretnina. Stoga smo mišljenja da je pravo puta za EKI koju se namjeravalo graditi nakon stupanja na snagu ZEK-a zasnovano u trenutku davanja suglasnosti (predmnjeva o pravu puta iz čl. 27. st. 6. i 7. ZEK-a). Suglasnost vlasnika nekretnine, odnosno upravitelja općeg dobra pretpostavka je stjecanja prava puta za EKI koju se namjerava graditi, tj. za onu koju će se graditi nakon stupanja na snagu ZEK-a (čl. 27.). Ako bi takva EKI ipak bila izgrađena bez prethodne suglasnosti vlasnika nekretnine, odnosno upravitelja općeg dobra, onda se glede tako izgrađene EKI ne bi mogla primijeniti predmnjeva o stjecanju prava puta iz čl. 28/1 iz sljedećih razloga:

- a. Sukladno Zakonu o prostornom uređenju i gradnji (ZPUG) prije ishođenja dokumenata temeljem kojih se gradi neki objekt, investitor mora riješiti imovinskopravne odnose s vlasnicima nekretnina, odnosno upraviteljem općeg dobra

12 ZID ZEK (90/11)

(čl. 214.; 223/2; 224. ZPUG). Neriješeni imovinskopravni odnosi zakonska su zaprjeka legalne gradnje objekta. Osim toga, objekti linijske infrastrukture prema ZPUG-u spadaju u objekte koji se grade temeljem potvrde glavnoga projekta.¹³ Budući da građevinske dozvole izdaje ministarstvo nadležno za prostorno uređenje i graditeljstvo samo za one građevine koje su posebnim podzakonskim propisima određene u tu kategoriju zbog svoje veličine, međunarodnog značaja, utjecaja na okoliš i dr., bit će rijetki slučajevi izdavanja građevinske dozvole za objekte linijske EKI. Dakle, uvjet koji je ZEK postavljao u čl. 28/1/1, a to je da infrastrukturni operator posjeduje građevinsku dozvolu izdanu na svoje ime ili ime svojih univerzalnih ili pojedinačnih pravnih prednika, mogao je biti ispunjen samo ako se radi o infrastrukturi koja se gradi temeljem prethodno dobivene suglasnosti upravitelja općeg dobra, odnosno vlasnika nekretnine i za koju nadležno ministarstvo izda građevinsku dozvolu. Na građevine koje se grade ili postavljaju temeljem potvrde glavnog projekta (složene građevine) ili jednostavne građevine za koje se ne izdaju dokumenti za gradnju, odredba čl. 28/1/1 ne bi bila primjenjiva, jer se izriječno u toj odredbi propisuje da je dokument temeljem kojeg se stječe pravo puta građevinska dozvola. Nadalje, legalnoj gradnji i takvih objekata prethodi rješavanje imovinskopravnih odnosa s vlasnicima nekretnina, odnosno upraviteljem općeg dobra, tj. za stjecanje prava puta mora postojati barem njihova suglasnost. Time onda postoje pretpostavke iz čl. 27., a ne iz čl. 28/1 ZEK-a o stjecanju prava puta.

- b. Ako investitor gradnje EKI za koju nije potrebno ishoditi građevinsku dozvolu, odnosno niti potvrdu glavnog projekta, jer se radi o jednostavnoj građevini,¹⁴ izgradi takvu EKI bez suglasnosti vlasnika nekretnine, odnosno upravitelja općeg dobra, mišljenja smo da se ne može smatrati da je infrastrukturni operator koji je izgradio tu EKI nakon stupanja na snagu ZEK-a 1. srpnja 2008. godine i koristi se njome *«bez sudskog spora s upraviteljem općeg dobra ili vlasnikom*

13 *Potvrdu glavnog projekta* za gradnju objekta linijske infrastrukture investitor može dobiti samo ako svome zahtjevu priloži sve dokaze određene u čl. 223. ZPUG-a. Između ostalog mora priložiti i dokaz da ima pravo graditi u tzv. *«obuhvatu zahvata u prostoru u kojem namjerava graditi»* (čl. 223/1/6 ZPUG). U čl. 224/2 ZPUG-a određeno je da se za nerazvrstane ceste, plinovode, vodovode, odvodnju i niskonaponske električne vodove dokazom da investitor ima pravo graditi smatra i odluka Vlade o utvrđivanju interesa RH ili poziv na odredbu zakona kojom je određen interes RH za građenje građevine za koju je zatražena potvrda glavnog projekta. Nadležno ministarstvo za prostorno uređenje i gradnju dalo je naputak da se ova odredba odnosi i na gradnju EKI jer je gradnja/postavljanje te infrastrukture određeno odredbom čl. 3 ZEK-a kao interes RH.

Građevinsku dozvolu sukladno čl. 232. ZPUG-a izdaje ministarstvo nadležno za prostorno uređenje i gradnju ako su ispunjeni svi uvjeti propisani tim zakonom i ako je investitor dostavio sve potrebne dokaze.

14 Za jednostavne građevine utvrđene Pravilnikom o jednostavnim građevinama i radovima (NN 21/09) nije potrebno ishođenje dozvola za gradnju. Tim se Pravilnikom određuju jednostavne građevine koje se mogu graditi, odnosno radovi koji se mogu izvoditi bez akta kojim se odobrava građenje (rješenja o uvjetima građenja, potvrđenoga glavnog projekta i građevinske dozvole) i/ili lokacijske dozvole.

nekretnine, na kojoj je izgrađena ta infrastruktura, u razdoblju od najmanje tri godine od početka njezina korištenja», stekao pravo puta temeljem čl. 28/1/2 ZEK-a. Naime, i u takvim slučajevima, kada po ZPUG-u ne treba ishoditi akte kojima se odobrava građenje i/ili lokacijsku dozvolu, investitor ne može izgraditi na tuđoj nekretnini građevinu bez prethodno riješenih imovinskopравnih odnosa s vlasnicima nekretnina, odnosno upraviteljem općeg dobra. Da bi se primijenila ova predmnjeva na slučajeve kada vlasnik, odnosno upravitelj općeg dobra nije izdao suglasnost sukladno čl. 27. ZEK-a za gradnju EKI na svojoj nekretnini, odnosno općem dobru, a infrastrukturni operator je ipak izgradio svoju infrastrukturu, bio bi potreban protek vremena od tri godine od stupanja ZEK-a na snagu, u kojem vlasnik, odnosno upravitelj nije pokrenuo sudski postupak protiv infrastrukturnog operatora. Budući da čl. 27. nije određivao pisani oblik suglasnosti, kao pretpostavku njezine valjanosti, suglasnost vlasnika, odnosno upravitelja općeg dobra mogla bi biti i u usmenom obliku ili dana konkludentnim činima. Protek od tri godine u kojem vlasnik, odnosno upravitelj nije poduzeo nikakve radnje kojima bi štitio svoj posjed i/ili vlasništvo, odnosno štitio opće dobro, mogao bi značiti njegovu suglasnost konkludentnim činima. Nepoduzimanjem pravnih sredstava koje mu je pravni poredak stavio na raspolaganje u zaštiti posjeda i/ili vlasništva, vlasnik nekretnine, odnosno upravitelj općeg dobra očitovao je svoju volju da dopušta određenom infrastrukturnom operatoru gradnju EKI na svojoj nekretnini, odnosno općem dobru.

Međutim, odredbe o pravu puta ograničavaju vlasnika u njegovim pravima, odnosno pravo puta teret je koji se zakonom nameće vlasniku na njegovoj nekretnini, odnosno na općem dobru. Zbog toga je tu odredbu trebalo tumačiti restriktivno i vezano s odredbama čl. 27. ZEK-a. Tu odredbu nikako se nije smjelo tumačiti u korist infrastrukturnog operatora koji je znao, odnosno morao znati da mu za gradnju EKI treba suglasnost vlasnika nekretnine, odnosno upravitelja općeg dobra na kojem se ta infrastruktura gradi. Niti opći stvarnopravni propisi ne štite nepoštenog graditelja, pa prema tomu niti ovdje nije bilo mjesta tumačenju koje bi infrastrukturnog operatora koji je gradio EKI bez suglasnosti vlasnika nekretnine, odnosno upravitelja općeg dobra, stavljalo u povoljniji položaj od onoga kojeg bi imao primjenom općih propisa. Mišljenja smo da je time otpala mogućnost da se pravna predmnjeva o pravu puta po čl. 28/1 primijeni na slučajeve gradnje EKI nakon stupanja na snagu ZEK-a, a bez prethodno pribavljene suglasnosti upravitelja općeg dobra, odnosno vlasnika nekretnine.

Mogući su i slučajevi da infrastrukturni operator nije znao da mora pribaviti suglasnost vlasnika nekretnine, tj. da je bio pošteno graditelj. Primjerice, infrastrukturni operator ima pravo graditi objekt linijske EKI na određenoj nekretnini vrlo blizu ruba parcele (blizu međe), jer je s vlasnikom nekretnine sklopio ugovor o osnivanju služnosti i uknjižio služnost u zemljišne knjige. Međutim, infrastrukturni operator prekorači među građenjem i izgradi dio objekta linijske EKI na susjednom zemljištu uvjeren da gradi na zemljištu

na kojem je dobio služnost. Vlasnik zemljišta znao je da je građenjem objekta linijske EKI prekoračena međa i da se dio objekta gradi na njegovom zemljištu, ali nije prigovorio infrastrukturnom operatoru i zatražio uklanjanje objekta koji je na njegovom zemljištu. Mišljenja smo da bi se u ovom slučaju mogle analogno primijeniti odredbe ZV-a o prekoračenju međe građenjem po kojima se uzima da postoji opoziva nepravna stvarna služnost (čl. 155/2 ZV), za koju je vlasnik objekta dužan plaćati svagdašnjem vlasniku zahvaćenog zemljišta novčanu rentu u visini zakupnine za zahvaćeno zemljište (155/3 ZV). Međutim, kako po čl. 27. ZEK-a nije određeno da suglasnost vlasnika, temeljem koje infrastrukturni operator stječe pravo puta, mora biti u pisanom obliku, ako infrastrukturni operator nije znao da gradi na tuđem zemljištu, a vlasnik zemljišta je znao, a nije prigovorio ili na neki drugi način spriječio daljnju takvu gradnju, mišljenja smo da je sukladno čl. 27. ZEK-a vlasnik zemljišta konkludentnim činima dao suglasnost, pa je time za infrastrukturnog operatora nastalo pravo puta. Infrastrukturni operator dužan je vlasniku zemljišta plaćati naknadu za pravo puta sukladno odredbama pravilnika kojim je uređena potvrda i naknada za pravo puta.

Budući da se predmnjeva iz čl. 28/1 ne odnosi na EKI koja će se tek graditi, nego na onu koja je bila izgrađena u trenutku stupanja na snagu ZEK-a, odnosno koja je izgrađena u trenutku kada postoje sve pravne činjenice potrebne da bi nastalo pravo puta, pitanje je primjenjuje li se ipak čl. 28/1 i na EKI izgrađenu nakon stupanja na snagu ZEK-a?

Predmnjevu iz čl. 28/1 smatramo da bi bilo moguće protegnuti na EKI izgrađenu nakon stupanja na snagu ZEK-a u sljedećim slučajevima:

- a. Prije ishoda lokacijske dozvole i akata kojima se odobrava gradnja infrastrukturni operator i vlasnik nekretnine, odnosno upravitelj općeg dobra riješili su svoje međusobne odnose sklapanjem odgovarajućeg stvarnopravnog ugovora,¹⁵ ili obveznopravnog ugovora,¹⁶ ili posebnog ugovora o korištenju cestovnog zemljišta,¹⁷ ili koncesije.¹⁸ Dakle, tijekom gradnje i nakon što je izgrađena EKI na određenoj nekretnini, između upravitelja općeg dobra, odnosno

15 Vlasnik zemljišta, bio on osoba javnog prava ili privatnopravni subjekt, može osnovati na svome zemljištu u korist infrastrukturnog operatora služnost radi gradnje, postavljanja, održavanja, popravljanja, razvoja, korištenja i dr. EKI ili može osnovati pravo građenja.

16 Na nekretninama u vlasništvu privatnopravnih subjekata može se graditi, postaviti i potom održavati, popravljati, razvijati, koristiti i dr. EKI temeljem ugovora o zakupu nekretnine.

17 U skladu sa ZJC upravitelj općeg dobra javne ceste i infrastrukturni operator mogli su sklopiti ugovor o korištenju cestovnog zemljišta radi gradnje, postavljanja, održavanja, popravljanja, razvoja, korištenja i dr. EKI. Stupanjem na snagu ZID ZJC (NN 153/09) upravitelji javnih cesta koje su postale javno dobro u općoj uporabi u vlasništvu RH, moraju s infrastrukturnim operatorima sklopiti ugovore o služnosti, odnosno pravu građenja.

18 Nekretnine u vlasništvu osoba javnog prava, koje su dobra od posebnog interesa za RH, mogu se u skladu s posebnim propisima koristiti radi gradnje, postavljanja, održavanja, popravljanja, razvoja, korištenja i dr. EKI temeljem ugovora o zakupu nekretnine ili ugovora o koncesiji za korištenje određene nekretnine. Sukladno ZPDML na pomorskom dobru može biti građena/postavljena EKI samo na temelju i u okvirima ugovora o koncesiji.

vlasnika nekretnine i infrastrukturnog operatora postoji pravni odnos koji je temelj legalne gradnje EKI na toj nekretnini. Taj ugovorni odnos može biti vremenski ograničen što znači da, ako istekom roka do kojeg je bio ugovoren taj pravni posao, upravitelj općeg dobra, odnosno vlasnik nekretnine i infrastrukturni operator ne ugovore ponovo takav pravni odnos ili neki drugi, izgrađena infrastruktura je i dalje na toj nekretnini, ali tada ima mjesta primjeni predmnjeve o pravu puta iz čl. 28/1 ZEK-a. Naime, nakon što prestane postojati ugovorni pravni odnos između vlasnika nekretnine, odnosno upravitelja općeg dobra i infrastrukturnog operatora kao investitora objekta EKI, taj objekt, izgrađen u skladu s projektnom dokumentacijom i potvrdom glavnog projekta te uporabnom dozvolom, i dalje postoji na nekretnini. U tom slučaju više ne postoji ugovorni odnos koji je temelj korištenja nekretnine za gradnju, polaganje, održavanje, razvoj i dr. EKI, ali postoje pravne činjenice za koje čl. 28/1 ZEK-a veže nastanak prava puta. Znači u trenutku prestanka postojanja ugovornog pravnog odnosa, postoje ispunjene pretpostavke određene u čl. 28/1 ZEK-a: **a/** infrastrukturni operator ima izgrađeni objekt na nekretnini koja nije u njegovom vlasništvu, nego u vlasništvu privatnopravne ili javnopravne osobe, odnosno koja je opće dobro; **b/** infrastrukturni operator ima građevinsku dozvolu (potvrdu glavnoga projekta) koja glasi na njegovo ime (odnosno prema odredbi čl. 28/1/1 ZID ZEK-a ima uporabnu dozvolu). Osim toga, može biti ispunjena i pretpostavka da koristi nekretninu bez sudskoga spora s vlasnikom nekretnine dulje od tri godine od početka korištenja objekta EKI. Dakle, ako postoje ispunjene gore navedene pretpostavke iz čl. 28/1 ZEK-a, infrastrukturni operator ima pravo puta od trenutka prestanka ugovornog odnosa temeljem kojeg je koristio nekretninu za gradnju EKI, osim ako u ugovoru nije izrijekom navedeno da je infrastrukturni operator nakon isteka određenog roka dužan ukloniti objekt EKI s nekretnine i dovesti nekretninu u prvobitno stanje. Međutim, moguće je i drugačije shvaćanje, tj. da je suglasnost za korištenje općeg dobra, odnosno nekretnine u vlasništvu dana upravo u obliku toga ugovora, ali da prestankom ugovornog odnosa nije prestala postojati i ta suglasnost, osim ako u ugovoru nije utvrđena obveza infrastrukturnog operatora da nakon prestanka tog odnosa ukloni objekt i dovede nekretninu u prvobitno stanje. Budući da ZEK u čl. 27. nije određivao mogućnost povlačenja suglasnosti koju je vlasnik nekretnine dao sve dok postoji objekt na njegovoj nekretnini, to je moglo značiti da jednom dana suglasnost (bez obzira u kojem obliku), nije prestala prestankom ugovora nego postoji sve dok postoji objekt EKI na njegovoj nekretnini. Slijedom toga, na te slučajeve odnosile bi se predmnjeve uređene u čl. 27. st. 6. ili st. 7. ZEK-a. Međutim, ZID ZEK više ne sadrži pravne predmnjeve iz čl. 27. st. 6. ili st. 7. te pravo puta ne nastaje u korist infrastrukturnog operatora za gradnju nove EKI u trenutku davanja suglasnosti.

- b.** Upravitelj općeg dobra, odnosno vlasnik nekretnine dao je suglasnost za korištenje nekretnine radi gradnje EKI, čime je sukladno odredbi čl. 27. st. 6. ili st. 7. bilo zasnovano pravo puta u korist infrastrukturnog operatora. Nakon toga svoje međusobne odnose glede korištenja nekretnine upravitelj općeg do-

bra, odnosno vlasnik nekretnine i infrastrukturni operator, riješe sklapanjem odgovarajućeg ugovora u kojem su odredili rok njegovog važenja. Nakon prestanka važenja ugovora, nema mjesta ponovnoj primjeni odredbi čl. 27. st. 6. ili st. 7. koje uređuju predmnjevu o zasnivanju prava puta radi gradnje EKI, nego se na takve slučajeve primjenjuje čl. 28/1 ZEK-a. Naime, u trenutku prestanka postojanja ugovornog odnosa već postoji izgrađena EKI na određenoj nekretnini što daje temelj za predmnjevu o pravu puta iz čl. 28/1 ZEK-a. Međutim, moguće je i drugačije shvaćanje, tj. da je pravo puta nastalo u trenutku davanja suglasnosti iz čl. 27. st. 6. ili st. 7., pa kada prestane naknadno sklopljen ugovorni odnos, ta predmnjeva o pravu puta i dalje će važiti.

Slijedom navedenoga, do kuda vremenski seže primjena odredbe čl. 28/1 ZEK-a mišljenja smo da će pokazati praksa u budućnosti, tj. hoće li ta predmnjeva o pravu puta biti primijenjena samo na EKI koja je bila izgrađena u vrijeme stupanja na snagu ZEK-a 1. srpnja 2008. godine, odnosno u trenutku stupanja na snagu ZID ZEK-a 10. kolovoza 2011. godine ili se ipak u određenim slučajevima odnosi i na infrastrukturu koja je izgrađena nakon toga vremena. Ovo je osobito bitno nakon stupanja na snagu ZID ZEK-a i to s obzirom na promjene u čl. 27. kojima je došlo do brisanja odredaba o pravnim predmnjevama o pravu puta koje je nastajalo u trenutku davanja suglasnosti upravitelja općeg dobra, odnosno vlasnika nekretnine koji je osoba javnog prava ili privatnopravni subjekt.

4. PRAVO PUTA NA OPĆEM DOBRU I NEKRETNINAMA U JAVNOM VLASNIŠTVU RADI GRADNJE NOVE EKI

Zakonodavac je 2008. godine u ZEK uvažio vremensku dimenziju rješavanja odnosa između infrastrukturnog operatora i upravitelja općeg dobra, odnosno vlasnika nekretnina stjecanjem prava puta na općem dobru i nekretninama u vlasničkom režimu. Za svu EKI koja je postojala u trenutku stupanja na snagu ZEK-a, a odnosi između upravitelja općeg dobra i vlasnika javnih i privatnih nekretnina na kojima je ta infrastruktura izgrađena nisu bili uređeni sukladno općem stvarnopravnom uređenju, vrijedi predmnjeva o pravu puta iz čl. 28/1. Odnosi između infrastrukturnog operatora i vlasnika nekretnina, odnosno upravitelja općeg dobra glede korištenja nekretnina za buduću gradnju EKI nakon stupanja na snagu ZEK-a uređuju se sukladno čl. 27. ZEK-a.

ZEK je propisivao da infrastrukturni operator može steći pravo puta, odnosno pravo korištenja općeg dobra i nekretnina u vlasništvu javnopravnih i privatnopravnih subjekata sukladno odredbama toga zakona i drugim propisima (čl. 27/2 ZEK).¹⁹ Smatramo da se po odredbi čl. 27/2 ZEK-a ne radi o stjecanju nekog posebnog prava korištenja općeg dobra i nekretnina u vlasništvu jer takvo posebno pravo nije posebno uređeno odredbama ZEK-a, a niti nekim drugim propisima.

¹⁹ Odredba čl. 28/2 ZEK-a brisana je čl. 27. ZID ZEK-a.

Mišljenja smo da se zapravo radi o mogućnosti infrastrukturnog operatora da koristi nekretnine u vlasništvu na temelju ograničenoga stvarnog prava (služnosti, prava građenja), odnosno opće dobro na temelju koncesije na pomorskom dobru, a kada su javne ceste bile opće dobro mogao ih je koristiti na temelju ugovora o korištenju cestovnog zemljišta. Osim što vlasnik nekretnine, odnosno upravitelj općeg dobra i infrastrukturni operator svoje međusobne odnose glede korištenja nekretnina mogu riješiti sukladno općem stvarnopravnom uređenju i obveznopravnom uređenju (npr. zakup), te posebnim propisima za nekretnine u posebnom pravnom režimu, zakonodavac je omogućio od stupanja na snagu ZEK-a 1. srpnja 2008., pa do stupanja na snagu ZID ZEK-a 10. kolovoza 2011. godine i osnivanje prava puta ako postoje sve pretpostavke za nastanak toga prava utvrđene odredbama čl. 27. ZEK-a. Međutim, od stupanja na snagu ZID ZEK-a više nije moguće steći pravo puta prije nego što EKI bude izgrađena, tj. prije nego za nju bude ishoda uporabna dozvola.

ZID ZEK nije mijenjao odredbu kojom je određeno da upravitelji općeg dobra, RH, JLPS i pravne osobe u većinskom vlasništvu RH ili JLPS moraju poštivati načelo nediskriminacije prigodom odobravanja korištenja nekretnina radi gradnje EKI (čl. 27.). Smatramo da je po odredbi čl. 27/3 ZEK-a postojala obveza poštivanja načela nediskriminacije i u slučajevima uređenja odnosa između navedenih subjekata i infrastrukturnih operatora sukladno općem i posebnom stvarnopravnom i obveznopravnom uređenju i u slučajevima davanja suglasnosti za zasnivanje prava puta.

I dalje su u ZEK-u ostale odredbe da nijedan infrastrukturni operator ne smije biti privilegirani u dobivanju suglasnosti za korištenje općeg dobra i nekretnina u javnom vlasništvu. Isto tako niti jednom infrastrukturnom operatoru koji je zatražio od upravitelja općeg dobra i vlasnika nekretnina (RH, JLPS) korištenje nekretnina/općeg dobra radi gradnje EKI ne može biti odbijen zahtjev, osim u slučajevima koje određuje ZEK (čl. 27/4). Međutim, u ZID ZEK-u brisane su odredbe čl. 27/6 kojima je bilo određeno da je u trenutku kada je upravitelj općeg dobra ili nadležno tijelo JLPS dalo suglasnost za korištenje općeg dobra, odnosno javne nekretnine, za infrastrukturnog operatora *ex lege* nastalo pravo puta. Iz toga proizlazi da više nije moguće steći pravo puta na javnim nekretninama radi gradnje EKI. Iako su u ZID ZEK-u brisane odredbe po kojima se u trenutku davanja suglasnosti nadležnog javnog tijela stječe pravo puta, ostale su odredbe koje obvezuju ta tijela na davanje suglasnosti.

Ako je za gradnju EKI na općem dobru ili na nekretninama u vlasništvu RH ili JLPS, u postupku izdavanja dozvola za građenje ili drugih odobrenja u skladu s posebnim zakonom kojim je uređeno prostorno uređenje i gradnja, potrebno pribaviti suglasnost upravitelja općeg dobra ili vlasnika nekretnine, nadležno tijelo upravitelja općeg dobra ili vlasnika nekretnine mora izdati suglasnost u roku od 30 dana od dana podnošenja zahtjeva za izdavanje te suglasnosti (čl. 27/3). Nadležno tijelo može odbiti zahtjev infrastrukturnog operatora samo u sljedećim slučajevima:

- a. ako utvrdi da na općem dobru ili na nekretnini, koja je predmet zahtjeva za izdavanje suglasnosti, nema tehničkih mogućnosti za gradnju i

b. ako bi gradnja narušavala zahtjeve zaštite ljudskoga zdravlja, očuvanja okoliša, zaštite prirode, zaštite prostora ili kulturnih dobara, u skladu s posebnim propisima (čl. 27.).

Samo u gore navedenim slučajevima nadležno tijelo upravitelja općeg dobra ili vlasnika nekretnine (RH ili JLPS) moglo bi odbiti davanje suglasnosti infrastrukturnom operatoru za korištenje nekretnina radi gradnje EKI na općem dobru i nekretninama u vlasništvu.

Krug osoba koje moraju izdati infrastrukturnom operatoru suglasnost ako ne postoje zaprjeke iz čl. 27/4, uži je od kruga osoba koje su dužne poštivati načelo nediskriminacije. Naime, zakonska obveza poštivanja načela nediskriminacije odnosi se i na pravne osobe u većinskom vlasništvu RH ili JLPS. Sukladno odredbi čl. 27/3 ti subjekti nemaju obvezu izdavanja suglasnosti u roku od 30 dana od podnošenja zahtjeva za korištenje nekretnina u njihovom vlasništvu. Iz toga proizlazi da mogu odbiti zahtjev za izdavanje suglasnosti i iz drugih razloga osim onih propisanih u čl. 27/4. Međutim, tešku povredu odredaba ZEK-a, za koju je propisana novčana kazna u iznosu od 100.000,00 do 1.000.000,00 kuna čini pravna osoba ako u svojstvu upravitelja općeg dobra, ili JLPS, ili pravne osobe u većinskom vlasništvu RH ili JLPS ne poštuje načelo nediskriminacije u skladu sa člankom 27/2 ZEK-a (čl. 119/1/8).²⁰

ZEK ne daje jasan odgovor na pitanje bi li odbijanje davanja suglasnosti, odnosno uskraćivanje davanja suglasnosti pravne osobe u većinskom vlasništvu RH ili JLPS-a za korištenje nekretnina u zakonom propisanom roku od 30 dana od dana podnošenja zahtjeva, predstavljalo protupravno postupanje za koje je određena gore navedena prekršajna sankcija. Dakle, nejasno je može li se takvo postupanje smatrati nepoštivanjem načela nediskriminacije. Nadalje, ZEK nije određivao kakva je sankcija u slučaju da upravitelji općeg dobra, RH i JLPS ne poštuju rok od 30 dana od dana podnošenja zahtjeva. Međutim, ZID ZEK uređio je takve situacije propisujući pravnu predmnjevu da se suglasnost smatra izdanom ako protekne 30 dana od dana podnošenja zahtjeva, a nadležno tijelo ne izda suglasnost (šutnja nadležnog tijela). Također, ZEK ne određuje što kada upravitelj općeg dobra, RH i JLPS odbije dati suglasnost, a ne radi se o zakonom određenim razlozima zbog kojih može odbiti dati suglasnost. ZEK ne daje jasan odgovor mogu li se takvi slučajevi smatrati nepoštivanjem načela nediskriminacije za koje je određena prekršajna sankcija.

Ostaje otvoreno i pitanje na koji način infrastrukturni operator ipak može ostvariti korištenje općeg dobra i nekretnina u vlasništvu RH i JLPS koje su odbile dati suglasnost, a ne postoje razlozi iz čl. 27/4 ZEK-a. Dakle, nije jasno kojem se tijelu može obratiti infrastrukturni operator koji je dobio negativan odgovor, a smatra da su ispunjene sve pretpostavke da dobije suglasnost za korištenje općeg dobra, odnosno nekretnine u vlasništvu RH ili JLPS-a.

²⁰ Prekršajni progon za prekršaje propisane odredbama čl. 119.–121. ZEK-a ne može se pokrenuti nakon proteka tri godine od dana počinjenja prekršaja (čl. 122. ZEK).

5. PRAVO PUTA VIŠE INFRASTRUKTURNIH OPERATORA NA ISTOJ NEKRETNINI

Može li na određenom općem dobru, odnosno nekretnini u vlasništvu istodobno postojati više prava puta koja su određena u korist različitih infrastrukturnih operatora ili to pravo može postojati samo u korist jednog infrastrukturnog operatora? ZEK ne postavlja ograničenje broja infrastrukturnih operatora koji mogu na jednoj nekretnini (općem dobru i nekretnini u vlasništvu) imati pravo puta. Dakle, svaki infrastrukturni operator koji na nekoj nekretnini ima svoju EKI može imati pravo puta na toj nekretnini. Međutim, fizikalna ograničenja stvari, tj. nemogućnost gradnje, odnosno smještaja istodobno u istom prostoru na nekretnini dvije stvari koje su EKI, čini nemogućim postojanje dva ili više prava puta na tom konkretnom prostoru. To ne znači da pravo puta za drugog infrastrukturnog operatora ne može postojati na istoj toj nekretnini. Pravo puta na određenoj nekretnini može postojati za više infrastrukturnih operatora, ali svaki od tih operatora tada mora imati određeno u, odnosno na kojem prostoru je izgradio/postavio svoju infrastrukturu. Budući da se objekti linijske infrastrukture grade/postavljaju u tzv. trasama i koridorima koji su određeni dokumentima prostornog uređenja, infrastrukturni operatori moraju graditi/postavljati svoju infrastrukturu unutar tih koridora.

Jedan infrastrukturni operator sa svojom EKI može zauzeti cijeli koridor, pa je time došlo do tehničke nemogućnosti gradnje/postavljanja infrastrukture drugih operatora. U takvom slučaju taj infrastrukturni operator mora omogućiti drugim operatorima korisnicima korištenje svoje EKI koju je izgradio na općem dobru ili drugoj nekretnini. Odnosi između infrastrukturnog operatora i operatora korisnika nisu odnosi koji se tiču korištenja općeg dobra, odnosno nekretnine u vlasništvu. Oni se tiču isključivo korištenja EKI. Dakle, u takvom slučaju postoje dva paralelna odnosa vezano na EKI koja se prostorno nalazi na određenoj nekretnini (općem dobru ili nekretnini u vlasništvu):

1. pravni odnos između vlasnika nekretnine, odnosno upravitelja općeg dobra i infrastrukturnog operatora kojim je uređeno korištenje općeg dobra i nekretnine u vlasništvu radi gradnje, postavljanja, održavanja, popravljanja, korištenja i dr. EKI i
2. pravni odnos između infrastrukturnog operatora kao vlasnika izgrađene EKI i operatora korisnika koji, u pravilu, koristi temeljem ugovora o zakupu/najmu određeni dio te infrastrukture (npr. slobodni prostor u cijevima kableske kanalizacije).²¹

Operator korisnik nema pravni odnos s upraviteljem općeg dobra i vlasnikom nekretnine, nego taj odnos ima isključivo infrastrukturni operator. Također, upravitelj općeg dobra i vlasnik nekretnine ne mogu pravno raspolagati EKI koja se

²¹ Odnose između infrastrukturnog operatora i operatora korisnika glede zajedničkoga korištenja EKI detaljnije uređuje Pravilnik o načinu i uvjetima pristupa i zajedničkog korištenja elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme (NN 154/08 i 93/10).

nalazi na općem dobru i drugoj nekretnini, a za koju postoji pravo puta u korist infrastrukturnog operatora.

Slijedom navedenoga, smatramo da na određenom općem dobru i nekretnini u javnom ili privatnom vlasništvu može postojati pravo puta u korist više infrastrukturnih operatora ako to dopuštaju prostorne i tehničke mogućnosti za gradnju određenih objekata EKI. Svaki od infrastrukturnih operatora može izgraditi svoju EKI i za nju će imati pravo puta na određenom općem dobru i nekretnini u vlasništvu. Pravo puta koje ima jedan operator ne smije ograničiti pravo puta drugog operatora na istoj nekretnini. Upravitelj općeg dobra i vlasnik nekretnine ne bi smjeli uskratiti infrastrukturnom operatoru suglasnost radi gradnje EKI ako na toj nekretnini već postoji pravo puta u korist nekoga drugog infrastrukturnog operatora. Ako postoji mogućnost smještaja, odnosno gradnje u prostoru (unutar koridora) novog objekta linijske EKI uz već postojeći objekt drugog infrastrukturnog operatora, upravitelj općeg dobra i vlasnik nekretnine moraju dati suglasnost za korištenje nekretnine i infrastrukturnom operatoru koji namjerava graditi novi objekt. Dva ili više operatora mogu biti suvlasnici EKI koju su zajednički izgradili, pa će svi zajedno kao suvlasnici biti ovlaštenici prava puta na toj nekretnini. Pravo puta koje svaki od infrastrukturnih operatora ima na određenoj nekretnini ovlašćuje svakog od njih da izgradi, odnosno postavi svoju EKI, nesmetano joj pristupa, koristi ju, održava, popravlja i razvija u skladu s novim tehničkim zahtjevima elektroničkih komunikacija. Slijedom toga, svaki infrastrukturni operator trebao bi za svoju EKI za koju ima pravo puta, od HAKOM-a dobiti potvrdu o pravu puta.

6. POTVRDA O PRAVU PUTA

Pravilnikom o potvrdi i naknadi za pravo puta²² detaljnije se propisuje postupak izdavanja potvrde o pravu puta, oblik i sadržaj obrasca potvrde o pravu puta, izračun i visina naknade te način plaćanja naknade vlasnicima nekretnina ili upraviteljima općeg dobra u čijim je nekretninama izgrađena EKI.

Potvrda o pravu puta dokument je koji izdaje regulator HAKOM na zahtjev infrastrukturnog operatora koji je stekao pravo puta temeljem odredaba ZEK-a. Potvrda o pravu puta koju HAKOM izdaje infrastrukturnom operatoru deklaratorne je naravi. Dakle, izdavanjem potvrde ne nastaje pravo puta. Zakonodavac je odredio kroz predmnjeve o pravu puta iz čl. 27. st. 6. i 7. te čl. 28/1 u kojem je trenutku pravo puta izvorno zasnovano. Potvrdom o pravu puta samo se potvrđuje postojanje prava koje je nastalo na temelju zakona. Budući da je potvrda o pravu puta dokument deklaratorne naravi, infrastrukturni operator može, ali i ne mora zatražiti izdavanje potvrde. Radi izdavanja potvrde o pravu puta u slučajevima koje propisuje ZEK (čl. 27. st. 6. i 7.; čl. 28/1) i pobliže Pravilnik o potvrdi i naknadi za pravo puta, infrastrukturni operator dostavlja HAKOM-u zahtjev za izdavanje

²² NN 31/09 i 89/10.

potvrde o pravu puta. Dokumentacija koja se, prema odredbama navedenoga Pravilnika, mora kao dokaz priložiti zahtjevu za izdavanje potvrde o pravu puta, po opsegu je veća od one dokumentacije koja je neophodna za ishođenje upisa služnosti osnovane pravnim poslom u zemljišne knjige, a i od dokumentacije potrebne za provođenje postupka nepotpunog izvlaštenja. Budući da se prema hrvatskom pravnom sustavu pravo puta ne upisuje u zemljišne knjige,²³ HAKOM vodi podatke o infrastrukturnim operatorima kojima je izdana potvrda o pravu puta sukladno čl. 27. i 28. ZEK-a. Pravo puta zasnovano je na temelju zakona, tj. predmnijeva se postojanje prava puta u korist infrastrukturnog operatora ako postoje pretpostavke koje određuje zakon. Stoga, Pravilnik ne može izaći izvan okvira zakona i tražiti od infrastrukturnog operatora dokazivanje postojanja nekih dodatnih pretpostavki. Osim toga, potvrda o pravu puta nije konstitutivne, nego deklaratorne naravi. Pravo puta je za infrastrukturnog operatora nastalo u onom trenutku kada je od upravitelja općega dobra, RH, JLPS-a, drugih pravnih i fizičkih osoba dobio suglasnost da na općem dobru i nekretninama u vlasništvu može graditi novu infrastrukturu (čl. 27/6, 27/7), odnosno kada su ispunjeni uvjeti iz čl. 28/1. Svaki onaj koji tvrdi suprotno, tj. da nije stečeno pravo puta odredbama čl. 27/6, 27/7 ili 28/1 ZEK-a mora to i dokazati. Nema nikakve potrebe da se za ishođenje potvrde o pravu puta, određuje pribavljanje dokumentacije/dokaza u istom ili čak i većem opsegu od one koja je potrebna za osnivanje prava služnosti pravnim poslom. Dakle, pravo puta infrastrukturni operator stječe na temelju zakona, pa se ne može tražiti dostava dokumentacije kojom se dokazuju one činjenice koje nisu zakonom određene kao uvjet za stjecanje prava puta.

Brisanjem odredaba o pravnim predmnjevama o pravu puta iz čl. 27. ZEK-a koje su se odnosile na zasnivanje prava puta u trenutku davanja suglasnosti upravitelja općeg dobra, odnosno vlasnika nekretnine, nije više jasno može li uopće i kada nastati pravo puta za EKI izgrađenu nakon stupanja na snagu ZID ZEK-a 10. kolovoza 2011. godine, pa prema tome može li za takvu EKI infrastrukturni operator dobiti potvrdu o pravu puta.

23 Za nastanak prava puta nije potreban upis u zemljišne knjige kao modus stjecanja tog prava. Podatke o infrastrukturnim operatorima kojima su izdane potvrde o pravu puta vodi HAKOM. Budući da je pravo puta definirano kao korištenje općeg dobra i nekretnina u vlasništvu radi gradnje, postavljanja, održavanja, popravljavanja, korištenja i razvoja EKI i predstavlja teret na nekretnini, mišljenja smo da ne postoji nikakva zapreka da se to pravo, kao teret, upiše i u zemljišne knjige, ali bi prije toga zemljišnoknjižni propisi trebali odrediti da se takvo pravo može upisati u zemljišne knjige. ZEK ne određuje da se pravo puta upisuje u zemljišne knjige, pa je načelo publiciteta ostvareno ne kroz zemljišnu knjigu nego kroz javni registar koji vodi HAKOM (upisnik potvrda o pravu puta).

7. ZAKLJUČAK

Razvoj EKI na razini cijele Europe prepoznaje se kao globalni interes, a ne više samo kao interes pojedinih država. Za razvoj elektroničkih komunikacija nužno je otkloniti zapreke koje sprječavaju ili otežavaju ulaganja u razvoj EKI. Da bi se operatore javnih elektroničkih komunikacijskih mreža i druge investitore potaknulo na ulaganje u EKI propisima mora biti omogućeno jednostavno i brzo rješavanje međusobnih odnosa vlasnika zemljišta (nekretnina) na kojima se gradi, odnosno postavlja objekte EKI i investitora tih objekata.

Direktiva 2002/21/EU u čl. 11. pod nazivom «*Rights of way*» propisuje minimum koji se očekuje od država članica u poštivanju prava operatora elektroničkih komunikacija glede gradnje EKI na javnim nekretninama te onima u vlasništvu privatnopravnih subjekata. Svaka država članica može svojim nacionalnim zakonodavstvom odrediti i veća prava operatora u pristupu javnim površinama radi gradnje EKI, od onih koje kao minimum određuje navedena direktiva.

Hrvatska je u postupku usklađivanja svojih propisa s propisima EU, u svoje nacionalne propise o elektroničkim komunikacijama implementirala odredbe čl. 11. Direktive 2002/21/EC o pravu puta (*right of way*). S obzirom na posebna obilježja objekata EKI, tj. da se, u pravilu, radi o stvarima koje su kao cjelina smještene (izgrađene/postavljene) u prostoru tako da se nalaze na većem broju zemljišnih čestica, na njih se ne može primijeniti pravilo *superficies solo cedit*. Zakonom utvrđeni javni, državni interes omogućava investitorima gradnje objekata EKI, koji su u najvećem broju slučajeva i operatori javnih komunikacijskih mreža, da pod povlaštenim uvjetima utvrđenim zakonom iz područja elektroničkih komunikacija, mogu koristiti nekretnine u vlasništvu osoba javnog prava (države i lokalnih zajednica).

Infrastrukturni operator i vlasnik nekretnine, odnosno upravitelj općeg dobra svoje međusobne odnose glede korištenja nekretnina za gradnju EKI mogu urediti temeljem općih i posebnih propisa sklapanjem odgovarajućega pravnog posla kojim se pravno odvaja objekt EKI od nekretnine (zemljišta) u/na kojem je izgrađen. U skladu s odredbama ZEK-a iz 2008. godine o pravu puta (čl. 27. – 29. ZEK) bilo je moguće opće dobro i nekretnine u vlasništvu koristiti radi gradnje EKI i temeljem prava puta. Vlasnici nekretnina koji su osobe javnog prava, kao i upravitelji općeg dobra, dužni su, pod zakonom određenim uvjetima, dati infrastrukturnom operatoru suglasnost za korištenje svojih nekretnina, odnosno općega dobra.

Slijedom navedenoga, možemo reći da je investitorima gradnje objekata javne EKI bilo omogućeno korištenje nekretnina koje spadaju u javni režim (javni prometni putovi, javne ceste, javno dobro, pomorsko dobro, vlasništvo države i lokalne zajednice i dr.) pod povoljnijim uvjetima nego što je određeno za nekretnine koje su u vlasništvu privatnopravnih subjekata. Oni u načelu moraju dopustiti korištenje nekretnina radi ostvarenja javnog, državnog interesa gradnje, postavljanja, korištenja, održavanja, razvoja i dr. EKI bez provođenja kompliciranih

i dugotrajnih upravnih postupaka. Za razliku od toga, nekretnine u vlasništvu privatnopravnih subjekata (pravnih i fizičkih osoba) ne mogu se opteretiti u javne svrhe bez dobrovoljnoga pristanka vlasnika ili provođenja zakonom propisanog postupka izvlaštenja.

Donošenjem ZID ZEK-a²⁴ nastale su velike promjene u primjeni instituta prava puta radi gradnje nove EKI. Naime, pravo puta više nije moguće steći prije izgradnje EKI, jer ZID ZEK više ne propisuje pravne predmnjeve u čl. 27. po kojima pravo puta nastaje u trenutku davanja suglasnosti upravitelja općeg dobra, odnosno vlasnika javnih nekretnina i to bilo da se radi o knjižnom ili izvanknjižnom vlasništvu, tj. nekretninama koje je stekla RH, JLPS na temelju zakona ili odlukom tijela vlasti ili odlukom suda. ZID ZEK ostavlja samo mogućnost stjecanja prava puta tek nakon što EKI bude izgrađena. U tom slučaju investitor infrastrukture (infrastrukturni operator) mora prije podnošenja zahtjeva za izdavanje potvrde o pravu puta ishoditi uporabnu dozvolu za onu infrastrukturu koja se gradi na temelju potvrde glavnog projekta ili građevinske dozvole, a za onu infrastrukturu koja spada u jednostavne građevine na koje se primjenjuju posebni propisi o jednostavnim građevinama i radovima, mora biti ispunjen uvjet iz čl. 28/1/2 da infrastrukturni operator koristi infrastrukturu najmanje tri godine od početka njezinoga korištenja bez sudskoga spora s upraviteljem općeg dobra ili vlasnikom nekretnine. Prema odredbama ZPUG-a investitor građevine EKI (infrastrukturni operator) mora, prije podnošenja zahtjeva za izdavanje potvrde glavnog projekta ili građevinske dozvole, odnosno prije gradnje jednostavne građevine, urediti imovinskopravne odnose s upraviteljem općeg dobra, odnosno vlasnikom nekretnine, koji mora biti knjižni vlasnik, jer će u protivnom njegova gradnja biti nelegalna. Stoga smatramo da postoji vrlo mala vjerojatnost da će infrastrukturni operator graditi infrastrukturu bez uređenih odnosa s upraviteljem općeg dobra, odnosno vlasnikom nekretnine, a što u RH u ovom trenutku znači da će morati pričekati sređivanje zemljišnoknjižnog stanja. Time je ZID ZEK zapravo u suprotnosti s onim načelima koja su postavljena čl. 11. Direktive 2002/21/EC i koja su bila implementirana u ZEK 2008. godine, ali su brisana u ZID ZEK, a odnose se na gradnju nove EKI.

²⁴ ZID ZEK (NN 90/11).

POPIS PROPISA I LITERATURA

- Ustav Republike Hrvatske, «Narodne novine», br. 85/10 – pročišćeni tekst,
- Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, «Narodne novine», br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09,
- Zakon o zemljišnim knjigama «Narodne novine», br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07 i 152/08 ,
- Zakon o izvlaštenju, «Narodne novine» br. 9/94, 35/94 –ispr., 112/00, 114/01, 79/06 i 45/11,
- Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama «Narodne novine», br. 158/03, 100/04, 141/06 i 38/09,
- Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, «Narodne novine», br. 33/01 i 60/01 – vjerodostojno tumačenje,
- Zakonom o komunalnom gospodarstvu, «Narodne novine», br. 26/03 – pročišćeni tekst, 82/04, 178/04, 38/09 i 79/09,
- Zakon o telekomunikacijama, «Narodne novine», br. 76/99, 128/99, 68/01 i 109/01,
- Zakon o telekomunikacijama, «Narodne novine», br. 122/03, 158/03, 60/04 i 70/05,
- Zakon o elektroničkim komunikacijama, «Narodne novine», br. 73/08 i 90/11,
- Zakon o javnim cestama, «Narodne novine», br. 100/96, 76/98, 27/01, 114/01, 117/01 i 65/02,
- Zakon o javnim cestama, «Narodne novine», br. 180/04, 138/06, 146/08, 152/08, 38/09, 124/09, 153/09 i 73/10,
- Zakon o cestama, «Narodne novine», br. 84/11,
- Zakona o gradnji, «Narodne novine», br. 175/03 i 100/04,
- Zakon o prostornom uređenju i gradnji, «Narodne novine», br. 76/07, 38/09, 55/11 i 90/11,
- Zakon o koncesijama, «Narodne novine», br. 125/08,
- Pravilnik o jednostavnim građevinama i radovima, «Narodne novine», br. 21/09, 57/10, 126/10 i 48/11,
- Pravilnik o potvrdi i naknadi za pravo puta, «Narodne novine», br. 31/09 i 89/10,
- Pravilnik o načinu i uvjetima pristupa i zajedničkog korištenja elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane oprema, «Narodne novine», br. 154/08 i 93/10,
- Nacionalni program Republike Hrvatske za pristupanje Europskoj uniji – 2007. godina, Vlada RH, Zagreb, siječanj 2007.,

- Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive), Official Journal of the European Communities L 108, 24.4.2002, p. 33,
- Sveučilište u Zagrebu, Fakultet elektrotehnike i računarstva: Studija – Strategija razvoja telekomunikacija i Interneta od 2003. do 2005. godine, Zagreb, 2003.,
- Bajt, J.: Stvarnopravno uređenje glede infrastrukturnih objekata u Republici Hrvatskoj s posebnim osvrtom na telekomunikacijsku infrastrukturu, «Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu», vol. 59, br. 2-3, Zagreb, 2009, str. 371-419,
- Bajt, J.: Pravno uređenje korištenja cestovnog zemljišta za izgradnju komunalne i druge infrastrukture, Novi informator, br. 5396 od 23.11.2005., str. 13,
- Belaj, V.: Pravo građenja, «Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić», Novi informator, Zagreb, 2009, str. 385-403,
- Bienenfeld, J.: Prostorni i građevinski aspekti prava građenja, «Nekretnine u pravnom prometu – 2006», Inženjerski biro, Zagreb, 2006, str. 233-253.,
- Bienenfeld, J.: Neka aktualna pitanja upravnopravne prakse u primjeni Zakona o gradnji i Zakona o prostornom uređenju, «Komunalna naknada, komunalni doprinos i gradnja», Novi informator, 2006, str. 230-277.,
- Crnić, J.: Ograničenje odnosno prestanak prava vlasništva izvlaštenjem, «Nekretnine kao objekti imovinskih prava», Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 3-27.,
- Crnić, J. Končić, A. M.: Zakon o izvlaštenju, Narodne novine, Zagreb, 2002,
- Fučić, L.: Akti na temelju kojih se može graditi i prijelazne odredbe Zakona o prostornom uređenju i gradnji, «Novi Zakon o prostornom uređenju i gradnji», Novi informator, Zagreb, 2007, str. 102-111.,
- Gavella, N., Josipović, T., Belaj, V., Gliha, I., Stipković, Z.: Stvarno pravo, Informator, Zagreb, 1998.,
- Jelčić, O.: Građenje na tuđem zemljištu, «Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse», Godišnjak 8, Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu, Organizator, Zagreb 2001, str. 3-30.,
- Josipović, T.: Izmjene i dopune Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, «Nekretnine u pravnom prometu - 2006», Inženjerski biro, Zgb, 2006.,
- Josipović, T.: Posebna pravna uređenja koncesija na nekretninama, Nekretnine kao objekti imovinskih prava, Narodne novine d.d., Zagreb, 2004.,
- Josipović, T.: Posebni pravni režimi na nekretninama, Nekretnine u pravnom prometu, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2003.,
- Josipović, T.: Uloga zemljišnih knjiga u pravnom prometu nekretnina, «Nekretnine u pravnom prometu – 2000», zbornik radova, Inženjerski biro, Zagreb, 2000.,

- Josipović, T.: Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo), «Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci», vol. 22, br. 1/2001, str. 95-153.,
- Jug, J.: Opća dobra i javna dobra u općoj uporabi – dvojbe i prijedlozi, «Nekretnine u vlasništvu Republike Hrvatske i opća dobra», Inženjerski biro d.d., 2007, str. 34-53.,
- Jug, J., Pravni status općih dobara, «Nekretnine u pravnom prometu», VII. Savjetovanje – 2004, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2004.,
- Lukačević-Subotić, Ž.: Uređenje instituta koncesije na pojedinim javnim dobrima u zakonodavstvu Republike Hrvatske s posebnim osvrtom na poljoprivredno zemljište u vlasništvu države, Hrvatska pravna revija, ožujak 2003.,
- Stipić, M.: Koncesije u hrvatskom zakonodavstvu i gospodarskoj praksi – rasprava, mišljenja i neki primjeri koncesija, Aktualnosti hrvatskog gospodarstva i pravne prakse, 1997., str. 189-199.,
- Žuti, V.: Pravo puta u Zakonu o elektroničkim komunikacijama, Zbornik radova XVIII. međunarodni simpozij, Elektroinženjerski simpozij-EIS, 3.-6.5.2009. str. 5-10 u poglavlju S-3 regulativa u informatičkim i komunikacijskim tehnologijama,
- Žuti, V.: Telekomunikacijska infrastruktura u dokumentima prostornog uređenja, Časopis e! broj 2/08.,
- Žuvela, M.: Koncesije, Pravo u gospodarstvu 11/12, Zagreb, 1996., str. 247-269.

Summary

THE RIGHT OF WAY AS LEGAL SERVITUDE BURDENING THE PUBLIC REAL PROPERTIES FOR THE ONSTRUCTION OF ELECTRONIC COMMUNICATION INFRASTRUCTURE

In her article the author explores the ways in which the legal institute of “right of way” regulated by the European Directive 2002/21/EC has been implemented within the legal system of the Republic of Croatia. The right of way is the right which refers to use of public and other real properties for the purpose of constructing, installing, using, servicing and developing the electronic communication infrastructure. The Law on Electronic Communications regulates a public, state interest to construct, install and develop the electronic communication infrastructure allowing the investors of construction of such infrastructure, who are at the same time in most case the operators of public communication networks, to use a common good and real properties owned by public persons from the sphere of the public law (by the state and units of local and regional self-government) implementing the right of way according to preferential condition prescribed by law.

The author concludes that provisions of the 2008 Law on Electronic Communications were used as a legal basis to enable infrastructural operators to acquire the right of way for electronic communication infrastructure which was already built at the moment in which the Law entered into force, as well as for the infrastructure which will be constructed after the 1st of July 2008. Nevertheless, the 2011 Law on Amendments and Supplements to the Law on Electronic Communications introduced substantive alterations in implementation of the right of way for the purpose of new constructing. Due to the fact that a possibility to acquire the right of way burdening the common good, public and other real properties for construction of a new electronic communication infrastructure was omitted from the amended provisions and that the institute of right of way could be only applied in cases of already built infrastructure, the author believes that the legal solutions in question are going to have a negative impact on future development of electronic communication infrastructure. She also believes that there is a slim chance that infrastructural operators would construct the infrastructure without having legally regulated relations with the administrator of common good, that is, with the owners of public and other real properties in accordance with general and specific legal regulations of real property. Consequently, due to the current conditions in the Republic of Croatia, they would have to wait for arrangement of *de facto* situation in land registries. The 2011 legislative amendments are in fact contrary to the principles prescribed within the Article 11 of the Directive 2002/21/EC referring to the construction of the new electronic communication infrastructure. The same principles were implemented by the 2008 Law on Electronic Communications. Consequently, the author presents propositions according to which it would be desirable to harmonize Croatian regulations with the mentioned Directive which

strives to facilitate legal regulations on the use of public and other real properties for construction of the new electronic communication infrastructure.

Key words: *right of way, electronic communication infrastructure, property, common good, public real properties.*

Zusammenfassung

DAS WEGERECHT AUF ÖFFENTLICHE IMMOBILIEN WEGEN AUSBAU ELEKTRONISCHER KOMMUNIKATIONSINFRASTRUKTUR

Die Autorin untersucht in ihrer Arbeit die Implementierung des Rechtsinstituts „*right of way*“ (das Wegerecht) aus der EU-Richtlinie 2002/21/EC in die Rechtsordnung der Republik Kroatien. Das Wegerecht ist das Recht, das sich auf die Nutzung von öffentlichen und anderen Immobilien wegen Ausbau, Aufstellung, Nutzung, Instandhaltung und Entwicklung der elektronischen Kommunikationsinfrastruktur bezieht. Das vom Gesetz über elektronische Kommunikationen der Infrastruktur festgestellte öffentliche und staatliche Bauinteresse an der Aufstellung und Entwicklung der Kommunikationsinfrastruktur ermöglicht den Anlegern in den Infrastrukturausbau, die in meisten Fällen auch Operatoren für öffentliche Kommunikationsnetze sind, dass sie, unter vom Gesetz festgestellten Vorrechtsbedingungen, das Gemeingut und Immobilien in Eigentum von Personen aus dem öffentlichen Recht (des Staats und der lokalen Gemeinschaften) aufgrund des Wegerechtes nutzen.

Die Autorin zieht die Folgerung, dass die Erlassung des Gesetzes über elektronische Kommunikationen im Jahre 2008 den Infrastrukturoperatoren das Wegerecht auf die im Moment des Inkrafttretens des genannten Gesetzes ausgebaut elektronische Kommunikationsinfrastruktur und auf die nach dem 1. Juli 2008 ausbauende Infrastruktur ermöglichte. Infolge der Erlassung des Gesetzes über Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über elektronische Kommunikationen im Jahr 2011 sind große Änderungen in der Anwendung des Wegerechtesinstituts wegen Ausbau neuer Infrastruktur zu Stande gekommen. Da die Möglichkeit des Erwerbs des Wegerechtes auf das Allgemeingut und auf die öffentlichen und anderen Immobilien wegen Ausbau neuer elektronischen Kommunikationsinfrastruktur durchgestrichen wurde, und das Wegerechtesinstitut nur auf vorherig ausgebaut Infrastruktur anwendbar ist, vertritt Autorin die Meinung, dass solche Gesetzesbeschlüsse einen negativen Einfluss auf weitere Entwicklung der elektronischen Kommunikationsinfrastruktur ausüben werden. Sie ist auch der Meinung, dass es sehr wenige Wahrscheinlichkeit zum Infrastrukturausbau ohne geregelte Verhältnisse mit dem Allgemeingutverwalter

bzw. mit den Eigentümern der öffentlichen und anderen Immobilien gemäß der sachlich-rechtlichen Ordnung gibt, was in der Republik Kroatien in diesem Moment bedeutet, dass man die Regelung der grundbuchamtlichen Verhältnissen abwarten muss. Gesetzesänderungen aus dem Jahr 2011 stehen eigentlich im Gegensatz mit den im Art. 11 der EU-Richtlinie 2002/21/EC festgelegten Prinzipien, welche in das Gesetz über elektronische Kommunikationen aus dem Jahr 2008 implementiert wurden und welche sich auf den Ausbau der neuen elektronischen Kommunikationsinfrastruktur beziehen. Deswegen schlägt die Autorin vor, dass die kroatischen Vorschriften über das Wegerecht und die genannte Richtlinie, welche die Ermöglichung der einfachen Regelung von Nutzung der öffentlichen und anderen Immobilien wegen Ausbau neuer elektronischen Kommunikationsinfrastruktur zum Ziel hat, in Übereinstimmung gebracht werden.

Schlüsselwörter: *Wegerecht, elektronische Kommunikationsinfrastruktur, Eigentum, Allgemeingut, öffentliche Immobilien.*

Riassunto

IL DIRITTO DI PASSAGGIO SU IMMOBILI PUBBLICI PER LA COSTRUZIONE DELL'INFRASTRUTTURA PER LA COMUNICAZIONE ELETTRONICA

Nel lavoro l'autrice indaga sul recepimento del «*right of way*» (diritto di passaggio) dalla Direttiva europea 2002/21/CE nell'ordinamento giuridico della Repubblica di Croazia. Il diritto di passaggio è un diritto che si riferisce all'utilizzo di immobili pubblici e no al fine della costruzione, della posa in opera, dell'utilizzo, del mantenimento e dello sviluppo dell'infrastruttura per la comunicazione elettronica. La legge sulle comunicazioni elettroniche, accertato l'interesse pubblico alla posa ed allo sviluppo delle infrastrutture per la comunicazione elettronica, rende possibile agli investitori, che intendono costruire dette infrastrutture, che nella maggiore parte dei casi sono gli operatori della rete pubblica di comunicazione, l'utilizzo a condizioni agevolate del demanio pubblico e degli immobili di proprietà di soggetti pubblici (stato ed amministrazione locale), invocando il diritto di passaggio.

L'autrice perviene alla conclusione che con l'emanazione della legge sulle comunicazioni elettroniche del 2008 s'è reso possibile agli operatori delle infrastrutture l'acquisto del diritto di passaggio per le infrastrutture della comunicazione elettronica esistenti al momento dell'entrata in vigore della menzionata legge, come anche per l'infrastruttura in costruzione dopo il 1 luglio 2008. Nondimeno, con l'emanazione della legge sulle modifiche ed integrazioni della legge sulle comunicazioni elettroniche del 2011 sono intervenute rilevanti modifiche relative all'applicazione dell'istituto del diritto di passaggio nel caso di costruzione

di nuove infrastrutture. Posto che è stata abolita la possibilità di acquisto del diritto di passaggio sul demanio pubblico, sugli immobili pubblici e sugli altri immobili nel caso di costruzione di nuove infrastrutture, e considerato, poi, che il diritto di passaggio è previsto soltanto per l'infrastruttura precedentemente realizzata, l'autrice ritiene che tali soluzioni giuridiche influiranno negativamente sul futuro sviluppo dell'infrastruttura per la comunicazione elettronica. E', altresì, dell'opinione che esiste un'ipotesi soltanto remota che gli operatori realizzino l'infrastruttura senza che siano regolati i rapporti con il gestore del demanio pubblico, ovvero con i proprietari degli immobili pubblici e no alla luce delle norme generali e speciali di diritto reale; il che in questo momento in Croazia significa che occorrerà attendere il riassetto dei libri fondiari. Invero, le modifiche legislative del 2011 sono contrarie ai principi posti dall'art. 11 della Direttiva 2002/21/CE, originariamente recepiti dalla legge sulla comunicazione elettronica del 2008, i quali principi si riferiscono alla realizzazione di nuova infrastruttura per le comunicazioni elettroniche. Perciò l'autrice propone che la normativa croata sul diritto di passaggio si conformi alla Direttiva in esame, la cui finalità principale è rendere possibile un agevole uso degli immobili pubblici e no al fine della realizzazione dell'infrastruttura per la comunicazione elettronica.

Parole chiave: *diritto di passaggio, infrastruttura per la comunicazione elettronica, proprietà, demanio pubblico, immobili pubblici.*

SLOBODNA OCJENA U POREZNIM STVARIMA

mr. sc. Marija Kriletić, sutkinja
zamjenica predsjednika Visokog upravnog suda RH
Zagreb

UDK: 336.2::347.998.85
Ur.: 18. siječnja 2012.
Pr.: 27. veljače 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Načelo zakonitosti postavljeno Ustavom Republike Hrvatske odnosi se i na odluke koje donosi porezno tijelo primjenom slobodne (diskrecijske) ocjene. Ovlast rješavanja prema slobodnoj ocjeni može biti dodijeljena samo prema zakonskom propisu, što se u poreznim stvarima odnosi na slučajeve utvrđivanja porezne obveze i naplate poreza. Predmet slobodne ocjene ne može biti: nadležnost, ostvarenje zakonske svrhe, pravila postupka, način utvrđivanja činjeničnog stanja i oblik upravnog akta. Kontrolu ovih akata obavlja drugostupanjsko porezno tijelo u povodu pravnih lijekova, te upravni sudovi (Upravni sud Republike Hrvatske, odnosno upravni sudovi i Visoki upravni sud Republike Hrvatske). Potonji ne mogu ispitivati je li akt svrhovit. Sud kontrolira postoji li zakonska ovlast poreznog tijela za rješavanje primjenom slobodne ocjene, je li ovlast prekoračena, je li ostvarena zakonska svrha i je li došlo do zlouporabe izvrtnjem ovlasti. U sporu pune jurisdikcije, prema izričitom propisu novog ZUS-a, ako se radi o diskreciji uprave, sud ne može donijeti meritornu odluku. Izabrani primjeri iz sudske prakse pokazuju kako je porezno tijelo odlučivalo primjenom slobodne ocjene i kakve je presude donosio Upravni sud Republike Hrvatske u povodu tužbi poreznih obveznika.

Ključne riječi: *slobodna ocjena, diskrecijska ocjena, porezne stvari, upravni sud.*

1. UVODNE NAPOMENE

Poslovi državne uprave, pa i lokalne uprave, vrlo su raznoliki, pri čemu donošenje rješenja u upravnom postupku spada u važnije poslove. Ubiranje poreza jedna je od prvih aktivnosti države, ali koja kontinuirano traje i danas – jer, da bi država ostvarila zadaće koje ima, treba prikupiti sredstva, pri čemu su porezi glavni izvor prihoda. U tom postupku izdaje se porezni upravni akt koji podliježe preispitivanju, kao svaki upravni akt, povodom pravnih lijekova, kako bi se utvrdilo je li ostvareno jedno od temeljnih Ustavnih načela, načelo zakonitosti,

u dotičnoj pravnoj stvari. Postoje dva glavna vida kontrole upravnog akta i to: najprije povodom žalbe, o čemu se odlučuje unutar uprave, i izvan uprave, prije svega, povodom upravnog spora¹ pred Upravnim sudom Republike Hrvatske, a od 1. siječnja 2012. pred upravnim sudom, te povodom žalbe, pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske (dalje: Sud).

Davno je napušteno shvaćanje da je upravno djelovanje slobodno, a zakon da samo daje izvjesna ograničenja. Uprava može djelovati samo ako ima zakonsku ovlast. Time se ostvaruje: politički učinak podvrgavanja uprave predstavničkom tijelu, psihološki - jednakost pred zakonom i pravna sigurnost te tehnički u vidu pojednostavljenja rada.

Premda je uprava stegnuta u okvire zakonitosti, ima situacija u kojima je u upravnim stvarima ovlaštena donositi odluke prema svojoj slobodnoj ocjeni. Međutim, to ne znači da u našem pravnom sustavu postoji mogućnost donošenja slobodnih upravnih akata, već, pod određenim pretpostavkama, upravnih akata koji sadrže slobodnu ocjenu.

Postavlja se pitanje mogu li i takve odluke podlijegati nadzoru, i ako mogu, kakvom. Kako je to pravno uređeno u poreznim stvarima posebice osjetljivim sa stajališta poreznog obveznika čija se imovina oporezivanjem umanjuje, što je osobito važno i tijelima kojima pripada dotični porez? Pitanje koje se postavlja, dolazi li uopće kod ubiranja poreza u obzir donošenje odluke prema slobodnoj ocjeni kad su stope poreza propisane, a plaćanje poreza u interesu je države s mogućnošću prisilnog ostvarenja temeljem financijskog suvereniteta države, a ako ta mogućnost postoji, kakav je mehanizam kontrole.

2. SLOBODNA OCJENA

Prema hrvatskom pozitivom pravu, odlučivanje prema slobodnoj ocjeni, zakonska je terminologija. U pravnoj literaturi koristi se i izraz *diskrecijska (diskreciona) ocjena* s nešto drukčijim značenjem² ili kao istoznačnica.³ Diskrecijska ocjena teorijski je termin nastao iz njemačkoga izraza *das freie Ermessen* (slobodna ocjena) i francuskoga izraza *pouvoir discrètionnaire* (diskrecijska ovlast).

1 v. Zakon o upravnim sporovima (dalje: ZUS 1) – NN 53/91, 9/92, 77/92 i Zakon o upravnim sporovima (dalje: ZUS 2) – NN 20/10. Potonji je stupio na snagu 1. siječnja 2012. i tada prestaje važiti ZUS 1, ali predmeti koji su bili zaprimljeni u Upravnom sudu Republike Hrvatske, a nisu riješeni do 31. prosinca 2011., dovršit će se po odredbama ZUS-a 1. Prema podacima sudske pisarnice od 1.1.2012., radi se o 32 453 predmeta koji ostaju za rješavanje na Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske. Prema čl. 12. st. 1. ZUS-a 2 za rješavanje upravnih sporova nadležni su upravni sudovi i Visoki upravni sud Republike Hrvatske.

2 v. Krbek, I., *Diskreciona ocjena*, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1937.

3 Borković, I., *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., Ivančević, V., *Institucije upravnog prava*, PFZ Biblioteka, Zagreb, 1983.

Premda je svako djelovanje uprave utvrđeno zakonom, uprava ipak ima i određenu slobodu kretanja, između ostalog, kada odlučuje prema vlastitom shvaćanju između više mogućnosti koje daje zakonodavac. *Karakteristično je za diskrecionu ocjenu, da se tu vrši biranje između više mogućnosti, strogo konkretno i individualno s obzirom na pojedini slučaj.*⁴ *Pravna norma koja daje tu slobodu izbora je disjunktivna norma: ona ovlašćuje na izbor i on sam pravno nevezan, predstavlja diskrecionu ocjenu. Prema tome, postoji čvrsta pravna kopča između načela zakonitosti i diskrecione ocjene: bez ovlaštenja nema te ocjene i takav akt postaje nezakonit.*⁵ Uprava nema mogućnost odlučivanja po svojoj volji ako nema pravnog propisa. Kod kategoričke pravne norme, za razliku od disjunktivne (alternativne), koja je osnova slobodne ocjene, ne postoji mogućnost izbora i samo jedno rješenje može biti zakonito.

Kod slobodne ocjene postoje dvije različite ovlasti, od kojih jedna, *hoće li se stranci naložiti neka obveza, ili ju osloboditi od obveze, podijeliti ili oduzeti pravo* itd., i druga, *kako će se to učiniti, s kojim točno sadržajem i kojim sredstvima*. Te dvije ovlasti slobodne ocjene mogu postojati odvojeno i treba ih strogo lučiti, a može biti dana ovlast slobodne ocjene glede obje.

Tako na primjer u poreznim stvarima čelnik poreznog tijela može, na temelju pisanog, obrazloženog prijedloga ovršenika, u potpunosti ili djelomice, odgoditi ovrhu i to za najdulje šest mjeseci pod pretpostavkama iz čl. 136. st. 1. Općeg poreznog zakona (dalje: OPZ).⁶ Odgodu ovrhe može uvjetovati davanjem sredstva osiguranja naplate (čl. 136. st. 3.). Drugi je primjer prodaje ili otpisa poreznog duga iz porezno-dužničkog odnosa za što je nadležna Vlada Republike Hrvatske.⁷

Prilikom odabira između ponuđenih mogućnosti – pravno jednako vrijednih – primjenjivač procjenjuje koju će pravnu normu primijeniti prema načelu svrhovitosti (oportuniteta) imajući na umu političke, ekonomske, socijalne ili druge razloge. Kako uprava djeluje u javnom interesu, on mora biti neprestano prisutan, ali i prava stranke zaštićena, pa odluka zavisi od potreba konkretnog slučaja, što znači da se stvar procjenjuje od slučaja do slučaja. Samovolja nije dopuštena, pa treba izabrati onu alternativu koja u konkretnoj situaciji najviše odgovara interesima javne službe. Sadržaj javnog interesa mijenja se s obzirom na vrijeme, prostor i subjekte prema kojima djeluje uprava i baš disjunktivna pravna norma omogućuje upravi da ne djeluje kruto i da se prilagodi okolnostima slučaja o kojem odlučuje. Slobodno odlučivanje postoji u području materijalnog i, u ograničenoj mjeri, postupovnog prava.

4 Krbek, I., *Upravno pravo FNRJ*, Beograd, 1955., str. 171.

5 Ivančević, V., *Institucije upravnog prava*, Zagreb, 1983., str. 198.

6 NN 147/o8, 18/11. Prema čl. 136. st. 1. odgoda se može odobriti:

1. ako je protiv ovršne isprave podnesena žalba,

2. ako je podnesen zahtjev za povrat u prijašnje stanje u postupku u kojem je donesena ovršna isprava,

3. ako je ovršenik protiv rješenja o ovrsi podnio žalbu ili tužbu.

7 Prema čl. 120. st. 1. OPZ-a, osim u slučajevima utvrđenim ovim Zakonom, Vlada Republike Hrvatske može na prijedlog ministra financija donijeti odluku o prodaji ili otpisu poreznog duga iz poreznodužničkog odnosa.

2.1. Podjeljivanje slobodne ovlasti

Podjeljivanje slobodne ovlasti izrijekom u pozitivnom zakonodavstvu rijetka je pojava. Ono se označava izrazom da uprava odlučuje *po slobodnoj ocjeni*. Češći su slučajevi davanja takve ovlasti izrazima koji su nedovoljno određeni, kao: *može, smije, ovlaštena je, pripada pravo, javni interes, opće dobro, korisno je, ili daje izbor između više načina postupanja*, itd.. Ovakvo neizravno izražavanje može dovesti do dvojbe je li u pitanju slobodna ocjena ili nije. U primjeni poreznog prava, međutim, taj se problem nije očitovao. U nastavku će se ilustrirati s nekoliko primjera.

Uzmimo primjerice OPZ, koji se primjenjuje u postupku oporezivanja kao opći zakon zajedno s posebnim zakonima koji reguliraju pojedine porezne oblike.

Utvrđivanje porezne osnovice procjenom regulirano je u čl. 82. OPZ-a.⁸ Porezno tijelo⁹ treba utvrditi porez u visini predviđenoj pravnom normom koji primjenjuje na konkretan slučaj. Porezni obveznik prema redovnom tijeku stvari prijavljuje svoje obveze na temelju poslovnih knjiga i evidencija. Ali ako porezno tijelo ne može na taj način utvrditi poreznu osnovicu, što znači ni primijeniti na nju propisanu poreznu stopu i izračunati porez, pristupit će procjeni (čl. 82. st. 2.,

8 Čl. 82. OPZ-a glasi: (1) Ako porezno tijelo ne može utvrditi poreznu osnovicu na temelju poslovnih knjiga i evidencija, mora je procijeniti. (2) Porezno tijelo procijenit će poreznu osnovicu: 1. ako porezni obveznik ne može predložiti knjige ili evidencije koje je dužan voditi prema poreznim zakonima, 2. ako porezni obveznik ne izdaje propisane račune ili ne vodi poslovne knjige točno, uredno i pravodobno, 3. ako porezni obveznik podatke za oporezivanje ne može dokazati vjerodostojnom dokumentacijom, 4. ako porezni obveznik odbije sudjelovati u poreznom postupku ili onemogućava provedbu poreznog postupka, 5. ako porezni obveznik koji vodi podatke u elektroničkom obliku ne postupi u skladu s odredbama čl. 57. ovoga Zakona. (3) Pri utvrđivanju porezne osnovice procjenom, porezno tijelo polaziće od: 1. raspoložive uredne poslovne dokumentacije, ako ona postoji a nije proknjižena, 2. raspoložive uredne poslovne dokumentacije o poslovanju u određenom razdoblju kraćem od razdoblja oporezivanja (dnevnom, tjednim ili mjesečnim primicima), tako da se na temelju podataka o tom dijelu poslovanja procijeni porezna osnovica određenog razdoblja, 3. podataka i činjenica o ostvarenim primicima (dnevnom, tjednim ili mjesečnim) utvrđenih očevidom ili poreznim nadzorom, tako da se na temelju tih podataka procijeni porezna osnovica određenog razdoblja, 4. usporedbe iskazanih primitaka s primicima drugih poreznih obveznika koji obavljaju istu djelatnost na istoj ili sličnoj lokaciji ili usporedbe s prosječnim primitkom više poreznih obveznika iste djelatnosti na istoj ili sličnoj lokaciji, 5. podataka o mogućnostima isporuka dobara ili obavljanja usluga (instaliranog kapaciteta), utvrđenih očevidom ili inspeksijskim nadzorom. (4) Ako Porezna uprava na temelju prikupljenih podataka utvrdi da fizička osoba raspolaže imovinom ili sredstvima za privatnu potrošnju koja višestruko premašuje primitke što ih je fizička osoba ostvarila tijekom godine, Porezna uprava pozvat će fizičku osobu da dostavi dokaze o izvorima stjecanja imovine. Ako se fizička osoba ne odazove pozivu Porezne uprave ili ne dostavi vjerodostojne dokaze o izvorima stjecanja imovine, Porezna uprava procjenom će utvrditi osnovicu poreza na dohodak fizičke osobe. (5) Porezno tijelo po slobodnoj ocjeni odlučuje koje će mjerilo ili više njih, iz stavka 3. i 4. ovoga članka, koristiti za procjenu porezne osnovice.

9 Prema članku 3. OPZ-a porezno tijelo je tijelo državne uprave, tijelo jedinice područne (regionalne) samouprave ili tijelo jedinice lokalne samouprave u čijem su djelokrugu poslovi utvrđivanja, nadzora i naplate poreza.

ali i čl. 82. st. 4. OPZ-a koji se odnosi na nelegalno stečenu imovinu, odnosno onu koja potječe iz neoporezovanih prihoda). Način utvrđivanja porezne osnovice, kako će pravnotehnički porezno tijelo postupiti, predviđeno je u st. 3. i posebno st. 4. Od čega će pri tomu konkretno poći prema slovu zakona stvar je slobodne ocjene (st. 5.). Pri traženju rješenja koje će dovesti do pravilno utvrđenog poreza, tj. što je moguće realnije porezne osnovice, poreznik će se prije svega koristiti svojim poznavanjem financijske struke i vlastitim iskustvom, te odabрати metodu koja je primjerena slučaju kojeg rješava. U tom smislu možda bi se moglo reći da se radi o tehničkoj procjeni relevantnih okolnosti, o utvrđivanju činjeničnog stanja, koje ne ide pod pojam diskrecijske ocjene, baš kao što se pod time ne smatra ni slobodna ocjena dokaza koja znači samo pravnu nevezanost na određeno dokazno sredstvo.

Tako je u predmetu Us-3665/2001 Sud presudom od 25. svibnja 2005. odbio tužbu našavši da je pravilno nakon nadzora tužiteljeva poslovanja procjenom utvrđen porez na dodanu vrijednost itd., s pripadajućim kamatama. U obrazloženju presude navodi se:

Ocjenjujući zakonitost pobijanog rješenja Sud smatra da istim nije povrijeđen zakon tužitelju na štetu. Naime, tuženo tijelo zakonito je postupilo kada je odbilo žalbu tužitelja i dalo valjane razloge za svoju odluku, a što proizlazi iz spisa predmeta odnosno zapisnika o obavljenom nadzoru kod tužitelja za vremensko razdoblje poslovanja tužitelja od 7. 12. 1999. godine do 10. 7. 2000. godine kao i zapisnika od 5. 6. 2000. godine, kada je izvršen nadzor obračunavanja i plaćanja poreza na dodanu vrijednost, poreza na potrošnju i posebnog poreza na pivo i bezalkoholna pića za vremensko razdoblje od 7. 12. 1999. do 10. 7. 2000. godine.

Prilikom izvršenog nadzora utvrđeno je da tužitelj nije obračunavao i uplaćivao porez na dodanu vrijednost prilikom obavljanja ugostiteljske djelatnosti u kafe baru M.C. u Đ. i to temeljem pregleda poslovne dokumentacije. Naime, u vrijeme kontrole tužitelj nije imao poslovnu dokumentaciju o nabavi alkoholnih i bezalkoholnih pića. Utvrđeno je da tužitelj nije u tijeku 2000. godine polagao gotovinu na žiro račun, a što je utvrđeno izlistanjem prometa žiro računa. Također je u postupku utvrđeno da je tužitelj proizvodio pivo i sokove te da o tome nije posjedovao dokumentaciju a niti je obračunavao i uplaćivao porez na dodanu vrijednost. Stoga je na temelju dostupne dokumentacije, a koja se je odnosila na proizvodnju piva i sokova, utvrđeno da je tužitelj proizveo veće količine nego što je naknadno knjižio u svojim poslovnim knjigama, te je temeljem članka 18. Zakona o porezu na dodanu vrijednost izvršena procjena prometa i poreza na dodanu vrijednost.

Konkretno, na temelju dokumentacije koju je tužitelj vodio za kafe bar M.C. izvršena je procjena prometa ugostiteljskog lokala kojega je tužitelj iskazao u svojim poslovnim knjigama tj. u knjizi šanka za razdoblje od 1. 5. 2000. godine do 5. 7. 2000. godine, pa ne stoji ni tvrdnja da je netko drugi vodio poslovanje u lokalu. Tužitelj u tužbi niti ne navodi koji je taj drugi. Isto tako nije točno

da nije trebalo izvršiti procjenu prometa od proizvodnje bezalkoholnog pića i piva, jer je u postupku utvrđeno da je vrijednost proizvedenih i prodanih količina veća od vrijednosti koja je knjižena u knjizi izlaznih računa s obzirom na evidencije o proizvodnji sačinjene po tužitelju odnosno za sve proizvedene količine piva i bezalkoholnih pića postoji evidentiran utrošak repromaterijala, a u poslovnim prostorijama nisu zatečene zalihe piva i sokova. Također, osnovano su upravna tijela utvrdila kao odgovornu osobu za učinjene nepravilnosti stečajnog upravitelja A.F. jer je imenovan stečajnim upraviteljem rješenjem Trgovačkog suda u O. od 4. 2. 2000. godine. a nadzor je obavljen za razdoblje od 7. 12. 1999. do 10. 7. 2000. godine.

S obzirom da je činjenično stanje tj. ukupan promet utvrđen na temelju podataka koji su djelomično pronađeni kod samog tužitelja kao i primjenom odredbe članka 18. stavka 3. Zakona o porezu na dodanu vrijednost, a kojom odredbom je propisano da ako porezni obveznik nema propisanu dokumentaciju i porezne evidencije, a što tužitelj nije imao, Porezna uprava može procijeniti poreznu obvezu na temelju obavljenog nadzora, a što je kod tužitelja i učinjeno.

Općenito uzevši, porez se utvrđuje u poreznom rješenju ili putem obračunske prijave što ju podnosi porezni obveznik. Troškovi ubiranja poreza ne bi smjeli biti veći od samog poreza jer bi takav postupak bio neracionalan i protivio bi se očekivanjima koja se postavljaju pred upravu da postupa kao pažljivi gospodar. Prema OPZ-u, ako su troškovi nesrazmjerni, rješenje se ne mora izdati (čl. 87. OPZ-a).¹⁰ Porezno tijelo ipak može i tada donijeti rješenje; to je stvar njegove slobodne ocjene.

Kad je doneseno privremeno porezno rješenje, porezno tijelo može naknadno provjeravati poreznu prijavu (čl. 84. st. 4.),¹¹ što je također stvar slobodne ocjene.

Porezno tijelo može donijeti i djelomično rješenje kad je to svrhovito dakle prema slobodnoj ocjeni, što je regulirano u Zakonu o općem upravnom postupku (dalje: ZUP) čl. 100. st. 1.,¹² koji se primjenjuje supsidijarno i na postupak poreznog tijela.

10 Čl. 83. OPZ-a glasi: (1) Porezno tijelo ne mora donijeti porezno rješenje ako bi troškovi utvrđivanja i naplate poreza bili nesrazmjerni naplaćenom porezu. (2) U slučaju pogrešno utvrđene visine porezne obveze porezno se rješenje ne mora mijenjati ako bi povećani iznos poreza bio nesrazmjeran troškovima postupka izmjene rješenja.

11 Čl. 89. st. 4. OPZ-a glasi: Porezno tijelo može izvršiti naknadnu provjeru vjerodostojnosti podataka iskazanih u poreznoj prijavi poreznog obveznika. Ako porezno tijelo na temelju naknadno izvršene provjere utvrdi da postoji osnova za izmjenu porezne obveze utvrđene privremenim poreznim rješenjem, porezno tijelo će zamijeniti privremeno porezno rješenje novim rješenjem.

12 NN 47/09, čl. 100. st. 1. ZUP-a glasi: Kad se u upravnoj stvari rješava o više pitanja, a samo se o nekima od njih može riješiti na temelju utvrđenog činjeničnog stanja, može se donijeti rješenje samo o tim pitanjima (djelomično rješenje).

U povodu žalbe protiv poreznog akta prvostupanjsko porezno tijelo mora izmijeniti rješenje u slučajevima iz čl. 161. st. 3. OPZ-a,¹³ dok povodom žalbe protiv toga novog poreznog akta taj akt *može* izmijeniti do donošenja odluke o žalbi (čl. 161. st. 6. OPZ-a),¹⁴ što znači da se o tome odlučuje prema slobodnoj ocjeni.

Kad su u pitanju neodređeni pojmovi, normu valja tumačiti u korist pravne vezanosti.

Upravni organ rješava po slobodnoj ocjeni u slučajevima kad mu je izričitim propisom dano pravo da odlučuje po slobodnoj ocjeni ili takvo ovlaštenje iz odnosnog propisa na nesumnjiv način proizlazi.

Vrhovni sud Hrvatske, U-3460/56.¹⁵

3. ŠTO NE MOŽE BITI PREDMET SLOBODNE OCJENE?

Predmet slobodne ocjene, prema ustaljenom pravnom shvaćanju u pravnoj znanosti, ne može biti nadležnost, ostvarenje zakonske svrhe, pravila postupka, način utvrđivanja činjeničnog stanja i oblik upravnog akta.

3.1. Nadležnost

Opće postupovne odredbe sadržane u OPZ-u uređuju i nadležnost poreznih tijela (stvarnu i mjesnu) u postupku ubiranja poreza (čl. 43. do 47.).¹⁶ Lokalne poreze

13 Čl. 163. st. 3. OPZ-a glasi: Prvostupanjsko porezno tijelo će porezni akt izmijeniti tijekom postupka po žalbi: 1. ako ocijeni da je žalba opravdana i nije nužno provoditi novi ispitni postupak, 2. ako ocijeni da je provedeni postupak bio nepotpun, a to je moglo biti od utjecaja na rješavanje, 3. ako žalitelj u žalbi iznosi takve činjenice i dokaze koji bi mogli biti od utjecaja na drukčije rješavanje stvari, 4. ako je žalitelju moralo biti omogućeno da sudjeluje u postupku, 5. ako je žalitelj propustio sudjelovati u postupku ali je u žalbi opravdao to propuštanje.

14 Čl. 163. st. 6. OPZ-a glasi: Novi porezni akt može se izmijeniti do donošenja odluke o žalbi.

15 Crnković, V., Dupelj, Ž., *Primjena Zakona o općem upravnom postupku*, Informator, Zagreb, 1996., str. 231.

16 Čl. 43. OPZ-a glasi: (1) Poslove u vezi s utvrđivanjem i naplatom poreza te primjenom ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja obavlja Ministarstvo financija Republike Hrvatske preko upravnih organizacija u svom sastavu (Porezna uprava, Carinska uprava i Financijska policija). (2) Poslove u vezi s utvrđivanjem i naplatom poreza koji su propisani odlukama predstavničkih tijela jedinica područne (regionalne) samouprave i tijela jedinica lokalne samouprave obavljaju njihova porezna tijela. Obavljanje tih poslova može se povjeriti Poreznoj upravi na temelju suglasnosti ministra financija. Čl. 44. OPZ-a glasi: Stvarna nadležnost pojedinih poreznih tijela propisuje se posebnim zakonom, odnosno propisom donijetim na temelju zakona. Čl. 45. OPZ-a glasi: Mjesna nadležnost poreznih tijela određuje se prema posebnim zakonima i propisima kojima se uređuje unutarnja organizacija i ustrojstvo poreznih tijela. Čl. 46. OPZ-a glasi: Ako bi u nekoj poreznoj stvari istodobno mjesno nadležna mogla biti dva ili više poreznih tijela, porez utvrđuje ono porezno tijelo koje je prvo pokrenulo postupak. Čl. 47. OPZ-a glasi: Porezno tijelo koje je pokrenulo postupak ustupit će predmet poreznom tijelu koje je prema novim okolnostima postalo mjesno nadležno ako se time poreznom obvezniku bitno olakšava sudjelovanje u poreznom postupku.

koje ubire Porezna uprava znače prenošenje nadležnosti na temelju ugovora, ali ugovor ne sklapaju porezni obveznici već lokalne (područne) vlasti glede određenog poreznog oblika, što znači da se odnosi na neodređeni broj poreznih obveznika. Ako je u pitanju istovremena nadležnost više poreznih tijela (što se je javljalo npr. u slučaju preklapanja poslova Porezne uprave i Financijske policije), porez utvrđuje ono porezno tijelo koje je prvo pokrenulo postupak i ovdje nema slobode izbora. U slučaju promjene mjesne nadležnosti obvezatan je ustup predmeta, ako će se time bitno olakšati položaj poreznog obveznika u postupku.

Prema tomu, pitanje nadležnosti uređeno je na način da nema mjesta slobodnom odlučivanju u pojedinačnom slučaju.

3.2. Ostvarenje zakonske svrhe

Pravo je sredstvo, a za svakim sredstvom stoji svrha. Uprava koja primjenjuje pravo i zbog toga tumači pravne propise, mora u prvom redu da utvrdi smisao i cilj ili svrhu tih pravnih propisa. Neki je pravni propis tek onda pravilno primijenjen, ako primjena odgovara njegovoj svrsi ili cilju. Zato može nezakonitost postojati u samom cilju ili svrsi, jer je uprava donijela odnosni akt s drugim ciljem ili s drugom svrhom, nego što je ima sam zakon.¹⁷

Odredbe čl. 5. ZUP-a¹⁸ postavljaju načelo zakonitosti kao jedno od osnovnih načela upravnog postupka. OPZ, pak, formulira ovo načelo kao dužnost postupanja po zakonu (čl. 6. st. 1. OPZ-a).¹⁹

Rješavanje prema slobodnoj ocjeni regulirano je u okviru načela zakonitosti. Rješavati prema slobodnoj ocjeni može se samo ako zakon daje tu ovlast, a mora biti doneseno u skladu sa svrhom radi koje je dana ovlast i može se kretati samo unutar te ovlasti (čl. 5. st. 2. ZUP-a).

U strukturi javnih prihoda države, te područnih i lokalnih jedinica, najznačajnije mjesto pripada porezima i oni čine osnovni izvor financiranja izdataka predviđenih u proračunima teritorijalnih jedinica. Da bi se ostvario proračun, da bi pritekla novčana sredstva u očekivanom iznosu, potrebno je utvrditi konkretno obvezu svakom poreznom obvezniku i osigurati da se ona izvrši. To je opći interes koje porezno tijelo kao tijelo kojem je povjerena ovlast i dužnost ubiranja poreza mora uzeti u obzir kad odlučuje u poreznim stvarima. Ali, poreznim upravnom aktom porezno tijelo ne smije gospodarski uništiti poreznog obveznika jer je to i opći interes.

¹⁷ Krbek, I., *Upravno pravo FNRJ*, knjiga I., Beograd, 1955.

¹⁸ Čl. 5. ZUP-a glasi: (1) Javnopravno tijelo rješava upravnu stvar na temelju zakona i drugih propisa te općih akata donesenih na temelju zakonom utvrđenih javnih ovlasti. (2) U upravnim stvarima u kojima je javnopravno tijelo zakonom ovlašteno rješavati po slobodnoj ocjeni, odluka mora biti doneseno u granicama dane ovlasti i u skladno svrsi radi koje je ovlast dana.

¹⁹ Čl. 6. st. 1. OPZ-a glasi: Porezno tijelo dužno je zakonito utvrđivati sva prava i obveze iz porezno-pravnog odnosa.

Pri odlučivanju prema slobodnoj ocjeni porezno tijelo mora uzeti u obzir i socijalne, gospodarske i druge prilike koje iznosi porezni obveznik, odnosno koje su mu poznate, treba imati sluha za pravičnost, pa se odluka donosi u pomirbi javnog i privatnog interesa. Pri tomu ne smije doći do zloupotrebe ovlasti (izokretanja ovlasti) koje postoji ako se uprava koristi svojim ovlastima iz motiva koje zakonodavac nije imao na umu kad je dao ovlast, što se naziva i greškom u cilju, odnosno svrsi akta. Svrha sadržana u zakonskoj normi može biti izričito navedena ili se do nje dolazi tumačenjem pravne norme. Nedostaje li pravna norma, donositelj upravnog akta ne može popuniti pravnu prazninu i izmisliti svrhu koja bi prema njegovom shvaćanju odgovarala javnom interesu. Treba postojati ovlast za vršenje slobodne ocjene, slobodna ocjena mora biti u granicama dane ovlasti i u skladu sa svrhom u kojoj je ovlast podijeljena. Greška u svrsi smatra se materijalnom povredom zakona.

Pri utvrđivanju zakonske svrhe uvijek treba imati na umu ustavne odredbe. Ustav Republike Hrvatske²⁰ izrijekom govori samo na jednom mjestu o porezima – u čl. 51. st. 2. – *Porezni se sustav temelji na načelima jednakosti i pravednosti*. Oba ova socijalnopolitička načela oporezivanja ne odnose se na svaki porezni oblik, već na njihovu ukupnost, na sustav kao cjelinu, jer primjenom samo tog jednog načela nije moguće ostvariti ostala načela oporezivanja u ukupnosti, prema Wagneru,²¹ napose financijskopolitička (izdašnost, prilagodljivost), ali i ekonomskopolitička (izbor poreznog izvora i oblika), te poreznotehnička (određenost porezne obveze, ugodnost plaćanja, jeftinoća ubiranja).

Jednakost pri oporezivanju proizlazi iz temeljnih sloboda i ljudskih prava što ih štiti Ustav. Prema čl. 14. Ustava: *svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama. Svi su pred zakonom jednaki*. Prema tomu, načelo jednakosti pri oporezivanju načelo je opće porezne obveze.

Načelo pravednosti²² može značiti ravnomjernost u raspodjeli poreznog tereta, pri čemu je za osjećaj pravednosti oporezivanja mjerodavna percepcija poreznog obveznika i socijalnih grupa o tomu, što ovisi o mnogo čimbenika.

Na ovo se nadovezuje načelo iz čl. 51. st. 1. Ustava prema kojem: *svatko je dužan sudjelovati u podmirenju javnih troškova, u skladu sa svojim gospodarskim mogućnostima*. To znači da će za onog poreznog obveznika, jer javni rashodi podmiruju se i porezima, koji ima više biti predviđena i veća obveza, ali znači i to da porezni teret ne može biti toliki da gospodarski uništi poduzetnika ili onemogućiti minimalne životne uvjete poreznog obveznika i članova njegove obitelji.²³

20 NN 85/10 – pročišćeni tekst.

21 Jelčić, B., *Financijsko pravo i financijska znanost*, Birotehnika, Zagreb, 1994., str. 40.

22 v. Jelčić, B., op. cit. str. 180 i d.

23 v. Jelčić, B., *Racionalni porezni sustav*, Pravo i porezi, br. 2/2003.

3.3. Pravila postupka i utvrđivanje činjeničnog stanja

U poreznim stvarima pravila postupka koja treba primijeniti (OPZ, ZUP, posebni zakoni)²⁴ nisu u sferi slobodne ocjene i prije donošenja rješenja treba pravilno provesti postupak, također i ovršni postupak u slučaju da porezna obveza ne bude dobrovoljno izvršena. Međutim, postoje i slučajevi gdje porezno tijelo može odlučiti primjenom slobodne ocjene i u primjeni pravila postupka (primjeri su navedeni u poglavlju 2.1. Podjeljivanje slobodne ovlasti).

Odluka se može donijeti nakon što se u postupku točno i potpuno utvrdi činjenično stanje, a sam način utvrđivanja činjeničnog stanja stvar je slobodne ocjene dokaza što se ne može podvesti pod pojam odlučivanja prema slobodnoj ocjeni.

U praksi je zabilježeno sljedeće pravno shvaćanje:

Slobodna ocena, kod sistema uprave koji počiva na načelu legaliteta, kao što je u našem pravnom sistemu, ne može se shvatiti kao ničim ograničeno postupanje, već je to takvo postupanje koje se rukovodi načelom celishodnosti (oportunisti) i koje mora da proizlazi iz izvesne određene situacije. Tu situaciju kao činjenično utvrđenje mora ustanoviti upravni organ kome je dato pravo vršenja slobodne, diskrecione ocene. Ovo postupanje koje u stvari prethodi diskrecionoj oceni podleži pravnim pravilima (legalitet) i može se ocenjivati i u upravnom sporu (čl. 9. st. 1. Zakona o upravnim sporovima). (Izvod iz presude Saveznog vrhovnog suda Už br. 765/53, od 11. jula 1953. godine).

Napomena: Član 9. Zakona o upravnim sporovima u prečišćenom tekstu Zakona o upravnim sporovima – („Službeni list SFRJ“, br. 21/65) postao je član 10.²⁵

3.4. Oblik upravnog akta

OPZ propisuje oblik i sadržaj svakoga poreznog akta, pa i onog kojim se odlučuje o pojedinačnim pravima i obvezama iz poreznopravnog odnosa, te određuje da se donosi u pisanom ili u usmenom obliku, ali i nakon usmenog akta mora sijediti pisana odluka, te je propisan obvezatni sadržaj poreznog akta (čl. 50.).²⁶

24 Npr. Zakon o porezu na dodanu vrijednost, Zakon o porezu na dohodak, Zakon o porezu na promet nekretnina, Zakon o posebnom porezu na naftne derivate, Zakon o posebnom porezu na luksuzne proizvode itd.

25 Krbeć, I., Zakon o opštem upravnom postupku, Savremena administracija, Beograd, 1968.

26 Čl. 50 OPZ-a glasi: (1) Porezni akt donosi se u pisanom ili u usmenom obliku. (2) Usmeni porezni akt može donijeti ovlaštena osoba poreznog tijela i narediti njegovo izvršenje bez odgode u slučaju kada je ugrožena naplata poreza. (3) Usmeni porezni akt mora se izdati u pisanom obliku najkasnije u roku od tri dana od dana njegova donošenja. (4) Svaki porezni akt iz članka 49. stavka 2. ovoga Zakona mora sadržavati: 1. naziv poreznog tijela, broj i datum poreznog akta, 2. ime i prezime, odnosno naziv sudionika kome se upućuje, 3.

4. NADZOR AKATA U KOJIMA JE SADRŽANA SLOBODNA OCJENA

U slučaju pogrešnosti upravnog akta spada i greška u slobodnoj ocjeni koja ne znači nezakonitost upravnog akta, te se označava kao nepravilnost, nesvrhovitost, nesvrshodnost, neoportunist, necijelishodnost. Premda donositelj akta s elementima slobodnog odlučivanja bira između više mogućnosti koje imaju jednaku pravnu vrijednost, u konkretnom slučaju samo je jedno rješenje pravilno. Ovdje dolazi do izražaja važnost obrazlaganja odluke.

Postoje dva vida nadzora akata s diskrecijskom ocjenom: kontrola zakonitosti i kontrola svrhovitosti. Obje ove kontrole može provoditi upravno tijelo, dok Sud u upravnom sporu može kontrolirati samo zakonitost, ali ne i svrhovitost upravnog akta.

4.1. Upravni nadzor

4.1.1. Žalba

OPZ u VII. glavi o pravnim lijekovima regulira žalbeni postupak, te određuje dužnost prvostupanjskog poreznog tijela da izmijeni porezni akt *ako ocijeni da je žalba opravdana...* (čl. 163. st. 3. t. 1. OPZ-a), što se s obzirom na formulaciju može uzeti da je dopustiva pravna, ali i interesna žalba, dok drugostupanjskom poreznom tijelu nalaže da je dužno ispitati zakonitost pobijanog poreznog akta (čl. 170. st. 1.). Ovdje je pravna regulacija drukčija od one propisane ZUP-om gdje, osim prvostupanjskog tijela, i drugostupanjsko tijelo ocjenjuje svrhovitost osporenog rješenja, a time i zakonitost (čl. 113. st. 2. i 115. st. 1. ZUP-a).²⁷

4.1.2. Izvanredni pravni lijekovi

Izvanrednim pravnim lijekovima ne može se, uglavnom, neposredno dirati u akte donesene prema slobodnoj ocjeni jer je obično u pitanju ispravljanje povrede koja se odnosi na nezakonitost upravnog akta. Tako bi kod oglašavanja rješenja ništavim, te poništavanja i ukidanja rješenja (glave III. i IV. ZUP-a), dok bi kod obnove postupka (glava III. ZUP-a) ipak moglo doći u obzir, primjerice kada su u pitanju nove činjenice ili novi dokazi ili drukčije riješeno prethodno pitanje.

pravni i činjenični temelj, 4. potpis ovlaštene osobe. (5) Porezni akt kojim se nalaže neko činjenje ili trpljenje mora sadržavati i upozorenje na posljedice nepostupanja. (6) Obvezni sadržaj poreznog rješenja utvrđuje se ovim Zakonom, a primjenjuje se i na zaključak.

27 Čl. 113. st. 2. ZUP-a glasi: Kad prvostupanjsko tijelo utvrdi da je žalba dopuštena, pravodobna i izjavljena od ovlaštene osobe, navodi žalbe razmotrit će se te ispitati zakonitost, odnosno ocijeniti svrhovitost rješenja koje se žalbom osporava. Čl. 115. st. 1. glasi: Drugostupanjsko tijelo ispituje zakonitost i ocjenjuje svrhovitost pobijanog rješenja u granicama zahtjeva iz žalbe, ali pri tome nije vezano žalbenim razlozima.

OPZ predviđa jedan izvanredni pravni lijek: mijenjanje i poništavanje rješenja u svezi s upravnim sporom (čl. 171. OPZ-a). Pretpostavke za postupanje poreznog tijela su: da je stranka pokrenula upravni spor, da je tužba pravodobna, da spor nije okončan, da upravno tijelo uvažava zahtjeve tužbe, da su razlozi za poništenje ili izmjenu rješenja oni koje bi i sud našao te poništio rješenje; osim toga da se takvim mijenjanjem, odnosno poništavanjem otklanja nezakonitost rješenja i ako se time porezni obveznik ne dovodi u lošiji položaj ne vrijeđa pravo stranke u upravnom postupku ili treće osobe. Ali, Sud ne može iz razloga nesvrhovitosti poništiti upravni akt, što znači da ni porezno tijelo više ne bi moglo izmijeniti slobodnu ocjenu, tj. da ne može primijeniti ove zakonske odredbe kad se radi o poreznom aktu u kojem je sadržana slobodna ocjena. No, u praksi se javljaju i takvi slučajevi.

U predmetu Us-8187/2004 rješenjem Ministarstva financija, Porezne uprave, Središnjeg ureda odbijen je tužiteljjev prijedlog za odgodu ovrhe radi naplate poreznog duga u iznosu od 14.082.894 kn, a tijekom upravnog spora tuženo je tijelo donijelo 28. listopada 2004. rješenje kojim je poništilo to rješenje, odobrilo odgodu ovrhe, pozivajući se pri tomu na čl. 261. ZUP-a te OPZ. Sud je postupak obustavio temeljem odredbi iz čl. 32. st. 2. ZUS-a, jer tužitelj nije izjavio da novim aktom nije zadovoljan.

4.2. Sudska kontrola u poreznim stvarima

Valja naglasiti da u našem zakonodavstvu ne postoji pravna mogućnost izdavanja slobodnog upravnog akta gdje bi posve arbitrarno odlučivalo upravno tijelo, a to nije dopustivo ni u poreznom postupku. Postoje samo upravni akti u kojima je sadržana slobodna ocjena i oni koji nemaju takvu odluku. Oba su akta pravno vezana, ali kod akta prema slobodnoj ocjeni sama slobodna ocjena, jer je slobodna, izmiče sudskoj kontroli. Kad bi sam akt bio slobodan akt, ne bi uopće došla u obzir sudska kontrola jer se u upravnom sporu ocjenjuje zakonitost upravnog akta.

Sudsku kontrolu zakonitosti upravnih akata, pa i upravnih akata u poreznim stvarima, obavljaju sudovi specijalizirani za upravne stvari – do 31. prosinca 2011. Upravni sud Republike Hrvatske, a nakon toga upravni sudovi i Visoki upravni sud Republike Hrvatske (uz jedan izuzetak koji se odnosi na predmete izvlaštenja za koje je nadležan županijski sud). Ako je odluka donesena prema slobodnoj ocjeni, u samu slobodnu ocjenu, jer je slobodna, Sud se na upušta.

Glede slobodne ocjene pravna regulacija u ZUS-u 1 i u ZUS-2 u biti je ista.

Prema ZUS-u 1 izričito se određuje da *nema nepravilne primjene propisa kada je nadležni organ rješavao po slobodnoj ocjeni na temelju i u granicama ovlaštenja koje mu je dano pravnim propisima, u skladu sa svrhom u kojoj je ovlaštenje dano.*²⁸

28 Čl. 10. ZUS-a 1 glasi: (1) Upravni akt može se pobijati: 1) što u aktu nije nikako ili nije pravilno primijenjen zakon, propis utemeljen na zakonu ili drugi zakonito donesen propis ili samoupravni opći akt; 2) što je akt donesen od nenadležnog organa; 3) što se u postupku

Obrnuto rečeno, povreda je zakona prema čl. 10. st. 1. t. 1., ako je odluka bila bez ovlaštenja za diskrecijsko ocjenjivanje, ili ako su prekoračene granice dane ovlasti, ili ako se upravno tijelo nije rukovalo svrhom ovlasti.

Prema ZUS-u 2 izravnije je regulirana kontrola upravnih akata donesenih prema slobodnoj ocjeni.

Izričito je određeno (čl. 4. st. 2. i čl. 58. st. 1. i 3.),²⁹ kao iznimka od vođenja upravnog spora, nedopustivost kontrole pravilnosti upravnog akta, te nedopustivost donošenja presude u sporu pune jurisdikcije kad usvaja tužbeni zahtjev ako je upravno tijelo rješavalo prema slobodnoj ocjeni.

U rješenju je važno izložiti razloge kojima se porezno tijelo rukovalo, odnosno motive (pobude) kako bi se moglo ocijeniti je li u pitanju zakonita svrha. Aktualni ZUP u tom pravcu nema posebnih odredbi kada je u pitanju rješavanje prema slobodnoj ocjeni, za razliku od ZUP-a iz 1991.

Bilo je izričito određeno (čl. 209. st. 3. ZUP-a)³⁰ da nadležno tijelo u rješenju treba navesti propis koji daje ovlast za rješavanje prema slobodnoj ocjeni, te da je dužno izložiti razloge kojima se rukovalo pri donošenju rješenja. Ranije je postojala odredba da se oni ne moraju navesti ako je to u javnom interesu, ali je ta

koji je aktu prethodio nije postupilo prema pravilima postupka, a osobito što činjenično stanje nije pravilno utvrđeno, ili što je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja. (2) Nema nepravilne primjene propisa kad je nadležni organ rješavao po slobodnoj ocjeni na temelju i u granicama ovlaštenja koje mu je dano pravnim propisima, u skladu sa svrhom u kojoj je ovlaštenje dano.

29 Čl. 4. st. 2. ZUS-a 2 glasi: Upravni spor ne može se voditi o pravilnosti pojedinačne odluke donesene primjenom slobodne ocjene javnopravnog tijela, ali se može voditi o zakonitosti takve odluke, granicama ovlasti i svrsi radi koje je ovlast dana. Prema čl. 58.: (1) Ako sud utvrdi da je pojedinačna odluka javnopravnog tijela nezakonita, presudom će usvojiti tužbeni zahtjev, poništiti pobijanu odluku i sam riješiti stvar, osim kada to ne može učiniti s obzirom na prirodu stvari ili je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni. (3) Ako sud utvrdi da javnopravno tijelo nije u propisanom roku donijelo pojedinačnu odluku koju je prema propisima trebalo donijeti, presudom će usvojiti tužbeni zahtjev i sam riješiti stvar, osim kada to ne može učiniti s obzirom na prirodu stvari ili je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni. Tada će tuženiku narediti donošenje odluke i za to mu odrediti primjereni rok.

30 NN 53/91 i 103/96; čl. 209. ZUP-a glasi: (1) U jednostavnim stvarima u kojima sudjeluje samo jedna stranka, a i u jednostavnim stvarima u kojima u postupku sudjeluju dvije stranke ili više stranaka ali nijedna ne prigovara postavljenom zahtjevu, a zahtjev se uvažava, obrazloženje rješenja može sadržavati samo kratko izlaganje zahtjeva stranke i pozivanje na pravne propise na temelju kojih je stvar riješena. U takvim stvarima rješenje se može izdati i na propisanom obrascu. (2) U ostalim stvarima obrazloženje rješenja sadrži: kratko izlaganje zahtjeva stranaka, utvrđeno činjenično stanje, prema potrebi i razloge koji su bili odlučni pri ocjeni dokaza, razloge zbog kojih nije uvažen koji od zahtjeva stranaka, pravne propise i razloge koji s obzirom na utvrđeno činjenično stanje upućuju na onakvo rješenje kakvo je dano u dispozitivu. Ako žalba ne odgađa izvršenje rješenja, obrazloženje sadrži i pozivanje na propis koji to predviđa. U obrazloženju rješenja moraju biti obrazloženi i oni zaključci protiv kojih nije dopuštena posebna žalba. (3) Kad je nadležni organ zakonom ili drugim propisom utemeljenim na zakonu ovlašten riješiti stvar po slobodnoj ocjeni, dužan je u obrazloženju, pored podataka iz stavka 2. ovog članka, navesti taj propis i izložiti razloge kojima se pri donošenju rješenja rukovodio.

odredba (kao i odredba st. 4.)³¹ ukinuta u postupku ocjene ustavnosti Zakona 13. studenog 1996. pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske. Odredba je glasila: *Ti se razlozi ne moraju navesti kad je to u javnom interesu zakonom ili uredbom izričito predviđeno.*

Ustavni sud Republike Hrvatske u toj odluci (br. U-I-248/1994) krenuo je od odredbi iz čl. 18. Ustava (pravo žalbe), čl. 19. (načelo zakonitosti i sudska kontrola), čl. 26. (jednakosti) i čl. 16. (ograničenja ustavnih prava).

Nužnost navođenja razloga za odluku obrazložena je, između ostalog, sljedećim:

Iz ovih ustavnih odredaba slijedi da se pravo na žalbu, odnosno drugu pravnu zaštitu, može učinkovito ostvarivati samo ako tijelo koje je donijelo rješenje navede razloge za to rješenje, koji se onda mogu pobijati u obrani žaliteljevih prava i na zakonu zasnovanih interesa. Bez upućenosti u te razloge onemogućeno je ili bitno otežano učinkovito korištenje ustavnim pravom na žalbu odnosno drugu pravnu zaštitu. Samo građanin kojemu su razlozi rješenja poznati može ga uspješno pobijati, a isto tako i doći do uvjerenja o bezizglednosti žalbe protiv tog rješenja, čime se pridonosi načelima efikasnosti i ekonomičnosti postupka.

Obrazloženje određenog rješenja učvršćuje načelo zakonitosti, te djeluje protiv eventualne samovolje i proizvoljnosti. Preko obrazloženja najlakše se utvrđuje da li se je upravno tijelo vodilo načelom zakonitosti i postupalo tako da u vođenju postupka i u odlučivanju strankama omogućuje da što lakše zaštite svoja prava, vodeći računa i o tome da ostvarenje njihovih prava ne bude u suprotnosti sa zakonom utvrđenim javnim interesom.

(...)

Stajalište je ovog Suda da se nenavođenjem razloga za određeno rješenje vrijeđa navedena ustavna odredba članka 26. jer su u povoljnijem položaju pred sudovima i drugim državnim i inim tijelima, koja imaju javne ovlasti, osobe koje se žale protiv pojedinačnih akata što sadrže i razloge na kojima se zasnivaju od onih osoba koje su prisiljene štiti svoja prava pravnim sredstvima protiv pojedinačnih akata što ne sadrže obrazloženje. I dalje, zakonom se – i to samo zakonom – mogu ograničiti ustavna prava pod uvjetima sadržanim u članku 16. Ustava. U svezi s ovim ograničenjem pred Sud se je postavilo pitanje da li se nenavođenje razloga u pojedinačnim aktima može opravdati zaštitom pravnog poretka o kojem je riječ u odredbi članka 16. Ustava. Stajalište je Suda niječno; pravni poredak upravo se narušava propisivanjem ovakvih ograničenja.

U praksi Suda odluke iz područja poreznog prava u kojima su rješenja bila donesena prema slobodnoj ocjeni odnosile su se pretežito na odluke koje je porezno tijelo donosilo nakon što je već utvrdilo poreznu obvezu, te su se javljale situacije vezane uz naplatu i ovrhu poreza.

31 Odluka Ustavnog suda RH br. U-I-248/1994 od 13. studenoga 1996., NN 103/96.

Događalo se da porezno tijelo nije obrazlagalo svoju odluku, pa da čak nije bilo ni podataka u spisima predmeta koji su morali postojati da bi se uopće mogao razmotriti slučaj prije donošenja same ocjene. Sud je u takvim slučajevima uvažavao tužbe s obrazloženjem da rješenje o primjerice odbijanju zahtjeva za odgodu plaćanja poreza, mora biti obrazloženo sukladno odredbama ZUP-a.

Tako se u presudi Us-8455/1997 od 12. ožujka 1998., između ostalog, navodi: *Prema odredbi članka 8. stavka 5. Zakona o proračunu ("Narodne novine", broj 92/94) uz suglasnost Vlade ministar financija može odgoditi rok plaćanja nekog potraživanja ili dopustiti plaćanje u obrocima. Prema tome, ministar financija donosi tu odluku prema slobodnoj ocjeni.*

Prema odredbama članka 4. stavka 2. i 3. Zakona o općem upravnom postupku ("Narodne novine", broj 53/9 i 103/96) u upravnim stvarima u kojima je tijelo zakonom ili na zakonu utemeljenom propisu ovlašteno rješavati prema slobodnoj ocjeni, rješenje mora biti doneseno u granicama ovlaštenja i skladu s ciljem u kojem je ovlaštenje dano. Odredbe toga Zakona važe i za slučajeve u kojima je tijelo ovlašteno da u upravnim stvarima rješava prema slobodnoj ocjeni. Prema odredbama članka 209. stavka 2. Zakona o općem upravnom postupku obrazloženje rješenja između ostalog treba sadržavati utvrđeno činjenično stanje, razloge koji su bili odlučni pri ocjeni dokaza, razloge zbog kojih nije prihvaćen zahtjev stranke, pravne propise i razloge koji prema utvrđenom činjeničnom stanju upućuju na rješenje kakvo je dato u izreci, a prema odredbama stavka 3. toga članka Zakona kad je nadležno tijelo zakonom ili drugim propisom utemeljenim na zakonu ovlašteno riješiti stvar prema slobodnoj ocjeni, dužno je u obrazloženju, pored podataka iz drugog stavka toga članka, navesti taj propis i izložiti razloge kojima se pri donošenju rješenja rukovodilo.

U obrazloženju osporenog rješenja navodi se: „ministar financija, rješavajući molbu poreznog obveznika ocjenjuje razloge za početak plaćanja neopravdanim, te je riješio kao u izreci“. Takvo rješenje, koje ne sadrži ni utvrđene činjenice, niti pravne propise i razloge zbog kojih nije uvažen zahtjev tužitelja u biti je bez obrazloženja i onemogućava tužitelju učinkovito ostvarenje prava na tužbu i zaštitu od eventualne samovolje i proizvoljnosti. Obveza obrazlaganja nije data samo u interesu stranke radi zaštite njezinih zakonitih prava tj. interesa nego je u interesu društva, tj. države radi zaštite zakonitosti.

Navedenu grešku porezno tijelo u kasnijoj etapi nastojalo je popraviti davanjem opširnog odgovora na tužbu (koji je inače uvijek tipski: *tuženo tijelo ostaje pri razlozima osporenog rješenja*) popraćenu s detaljnom dokumentacijom. I takve je tužbe Sud uvažavao te poništavao osporeno rješenje.

U presudi Us-2610/2001 od 9. prosinca 2004. Sud je našao povrede pravila postupka pozivajući se na odredbe iz čl. 10. st. 1. ZUS-a i članka 209. st. 2. ZUP-a. U obrazloženju se, između ostalog, navodi:

Odbijajući zahtjev tužitelja za odgodu plaćanja dužnog poreza i kamata, tuženo tijelo u obrazloženju osporenog rješenja samo navodi da jednokratno podmirenje poreznog duga za poreznog obveznika ne bi predstavljalo neprikladno opterećenje niti bi mu nanijelo gospodarstvene štete, ali pri tome ne iznosi razloge na osnovi kojih je tuženo tijelo došlo do ovakvog zaključka. Razlozi koje tuženo tijelo iznosi u svom odgovoru na tužbu ne mogu nadomjestiti manjkavost obrazloženja osporenog rješenja, jer razlozi koji opravdavaju izreku upravnog akta moraju biti navedeni u obrazloženju samog akta da bi stranka mogla uspješno koristiti pravna sredstva protiv takvog akta.

Ponekad porezni obveznik smatra da je njegova situacija činjenično ista kao i kod drugog poreznog obveznika, pa da treba biti i odluka ista. Naravno, vršenje slobodne ocjene ne smije biti odraz samovolje i to se iz obrazloženja rješenja treba vidjeti.

U predmetu Us-3405/1996 tužiteljica je predala zamolbu ministru financija koji je prema odredbama čl. 8. st. 5. Zakona o proračunu ("Narodne novine", broj 92/94) mogao uz suglasnost Vlade odgoditi rok plaćanja nekog potraživanja ili dopustiti plaćanje u obrocima. Tužiteljica je u tužbi navela da je spremna platiti porez kad prikupi sredstva, pa moli da se njezina molba riješi isto kao i suvlasnici u zajedničkoj zanatskoj radionici. Sud je tužbu 16. travnja 1998. odbio.

Iz obrazloženja:

(...)neosnovanim drži tužiteljica da je osporeno rješenje nezakonito, budući da je drugoj suvlasnici u zajedničkoj zanatskoj radionici odobreno obročno plaćanje poreza, a njoj nije, jer samim tim, što je udovoljeno molbi porezne obveznice A.R., s kojom je tužiteljica vodila zajedničku samostalnu radionicu, osporeno rješenje ne čini nezakonitim.

Kako je tuženo tijelo prema citiranim propisima bilo ovlašteno riješiti stvar prema slobodnoj ocjeni, a osporeno rješenje donijeto je u granicama ovlaštenja, te su u rješenju navedeni i razlozi kojima se tuženo tijelo rukovalo pri donošenju rješenja, a odlučeno je u skladu sa ciljem u kojem je ovlaštenje dato, osporeno rješenje ne može se ocijeniti nezakonitim.

Porezni obveznici obraćaju se Sudu i ne samo kad je njihov zahtjev odbijen, nego i kad im je odobrena obročna otplata dužnog iznosa s čime nisu zadovoljni, jer bi im bilo povoljnije kasnije plaćanje ili obročno, ali u duljem vremenskom razmaku.

Presudom broj: Us-8994/2001 od 10. svibnja 2006. Sud je tužbu odbio. Iz obrazloženja:

Tuženo je tijelo odlučilo o odgodi naplate tužiteljevog poreznog duga temeljem ovlasti iz članka 118. Općeg poreznog zakona («Narodne novine», broj: 127/2000). Prema stavku 1. toga članka Zakona porezno tijelo može na zahtjev poreznog obveznika u cijelosti ili djelomično odgoditi naplatu poreznog duga iz porezno-dužničkog odnosa pod uvjetom da naplata predstavlja neprimjereno

opterećenje ili da naplata nanosi bitne gospodarsvene štete poreznom obvezniku i to na dan dospijeca obveze. Prema tome, ako su ispunjeni ti uvjeti, a tuženo je tijelo našlo da jesu, porezno tijelo prema slobodnoj ocjeni odlučuje hoće li u cijelosti ili djelomično odgoditi naplatu poreznog duga. Tuženo je tijelo donijelo odluku u pravilno provedenom postupku na temelju pisanog prijedloga pročelnika nadležnog područnog ureda, a time što je odobrilo obročnu otplatu u deset jednakih mjesečnih obroka, a što je i najdulji rok otplate prema odredbama iz članka 118. stavka 3. navedenog Zakona, a nije odobrilo jednokratnu odgodu, postupilo je u skladu sa svrhom za koju je dano ovlaštenje, te rješavajući prema slobodnoj ocjeni nije prekoračilo granice ovlaštenja.

Prema dosadašnjoj pravnoj regulaciji (ZUS 1) o odgodi izvršenja upravnog akta do okončanja upravnog spora, što znači i poreznog upravnog akta, odlučivalo je upravno tijelo prema čl. 17. ZUS-a.³²

U primjeni čl. 17. st. 2. ZUS-a porezno je tijelo donosilo vezani upravni akt, a u primjeni čl. 17. st. 3. odlučivalo se prema slobodnoj ocjeni. Ako su bili ispunjeni uvjeti iz čl. 17. st. 2. porezno je tijelo moralo dopustiti odgodu, što iz stilizacije *odgodit će* jasno proizlazi. Prema čl. 17. st. 3. porezno tijelo *može* odgoditi izvršenje kad utvrdi da postoje za to opravdani razlozi pod uvjetom da to dopušta javni interes. U oba slučaja izvršenje rješenja moglo se odgoditi do konačne sudske odluke, pa vrijeme do kojeg se moglo odgoditi izvršenje nije bilo stvar diskrecijske ocjene.

4.2.1. Spor pune jurisdikcije

Rješavanje slučaja u sporu pune jurisdikcije nije bilo nepoznato u našem pravnom sustavu, te propise o tomu nalazimo u ZUS-u 1 i ZUP-u iz 1991.³³

Prema sada važećem ZUS-u, kao što je već navedeno, Sud ne može rješavati spor kao spor pune jurisdikcije, u kojem, dakle, raspravlja i sam odlučuje o situaciji koja je za tužitelja nastala ili trebala nastati upravnim aktom kada tu situaciju neposredno zasniva, mijenja, ukida upravo sam Sud, ako postoji diskrecijska ovlast uprave za odlučivanje.

S obzirom na dosadašnju pravnu regulaciju moglo se postaviti pitanje može li u

32 Čl. 17. ZUS-a 1 glasi: (1) Tužba, u pravilu, ne sprečava izvršenje upravnog akta protiv kojega je podnesena. (2) Na zahtjev tužitelja, organ čiji se akt izvršava, odnosno organ koji je nadležan za izvršenje, ako je u pitanju akt organizacije koja nije ovlaštena na izvršenje, odgodit će pravne učinke rješenja odnosno izvršenja rješenja do konačne sudske odluke ako bi izvršenje nanijelo tužitelju štetu koja bi se teško mogla popraviti, ako zakonom nije propisano da žalba ne odgađa izvršenje rješenja ili odgoda nije protivna javnom interesu, niti bi se odgađanjem nanijela veća nenadoknadviva šteta protivnoj stranci. (3) Organ iz stava 2. ovog člana može i iz drugih razloga odgoditi izvršenje osporenog akta do konačne sudske odluke, ako to javni interes dopušta.

33 Slučajevi spora pune jurisdikcije predviđeni su u ZUS-u 1 (čl. 11., 26., 39. st. 2., 63., 64., 39. st. 3., 42. st. 3.) i u ZUP-u iz 1991. (čl. 30. st. 5. i čl. 266. st. 1.).

sporu pune jurisdikcije Sud odlučiti prema slobodnoj ocjeni, je li to pravno dopustivo ili čak obvezatno. S druge strane, ne bi li takvo postupanje bilo neprimjereno s obzirom na to da Sud postupaju prema načelu legaliteta, a uprava oportuniteta?

Uzmimo na primjer zahtjev postavljen prema čl. 64. ZUS-a 1,³⁴ ako se radi o situaciji iz tog članka Zakona, Sud mora donijeti odluku umjesto upravnog tijela (i to: rješenje, a ne presudu!). Ako je upravno tijelo trebalo donijeti rješenje prema slobodnoj ocjeni, slobodnom ocjenom poslužiti će se Sud i odabir između propisanih mogućnosti provesti prema svojem vlastitom nahodjenju. Da odluku, pa i onu u kojoj je sadržana slobodna ocjena, treba donijeti sud, proizlazi i iz pravila da sud ne može otkloniti rješavanje slučaja za koji je nadležan. Jer, ako uprava ne rješava, a Sud ne smije, stranka ostaje bez zaštite.

Imajući na umu aktualnu pravnu regulaciju, prema ZUS-2, u slučaju da tuženo javnopravno tijelo ne postupi po sudskom nalogu i ne donese odluku u određenom (primjerenom) roku (čl. 58. st. 3.), izgleda da bi stranka također ostala bez sudske zaštite.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Područje diskrecijskog odlučivanja ograničeno je i s obzirom na situacije kada upravno tijelo (pa i porezno tijelo), može odlučivati i glede moguće kontrole u zaštiti prava stranaka.

Stvar je pravopolitičke odluke dokle će sezati sudska kontrola uprave u upravnim stvarima, hoće li biti posvemašnja ili će se upravi ipak prepustiti izvjesna sloboda.

Sud u upravnom sporu ocjenjuje zakonitost upravnog akta koji se može osporavati iz bilo kojeg razloga povrede pravne norme i to su granice sudskog zahvaćanja u poslove uprave. Sud može tužbu uvažiti i iz razloga koje nije naveo tužitelj u tužbi, ako je u pitanju zakonitost upravnog akta.

Prema koncepciji zaštite prava građana od nezakonitog posezanja uprave kroz ocjenu zakonitosti, sama ocjena svrhovitosti upravnog akta suda ne bi dolazila u obzir.

34 Čl. 64. ZUS-a 1 glasi: (1) Ako nadležni organ nakon poništenja upravnog akta ne donese odmah, a najkasnije u roku od 30 dana, novi upravni akt ili akt u izvršenju presude donese na temelju člana 42. stava 5. ovog zakona, stranka može posebnim podneskom tražiti donošenje takva akta. Ako nadležni organ ne donese akt ni za sedam dana od toga traženja, stranka može tražiti donošenje takva akta od suda koji je donio presudu u prvom stepenu. (2) U vezi s takvim zahtjevom sud će zatražiti od nadležnog organa obavijest o razlozima zbog kojih upravni akt nije donio. Nadležni organ dužan je dati tu obavijest odmah, a najkasnije u roku od sedam dana. Ako on to ne učini, ili ako dana obavijest, prema mišljenju suda, ne opravdava neizvršenje sudske presude, sud će donijeti rješenje koje u svemu zamjenjuje akt nadležnog organa. Sud će to rješenje dostaviti organu nadležnom za izvršenje i o tome istovremeno obavijestiti organ koji obavlja nadzor. Organ nadležan za izvršenje dužan je bez odgode izvršiti takvo rješenje.

Kako u našem pravnom sustavu nema slobodnih upravnih akta već upravnih akata koji sadrže slobodnu ocjenu, Sud ne može otkloniti ispitivanje upravnog akta u pravno vezanim dijelovima, a to je pitanje je li dotično tijelo bilo ovlašteno na rješavanje prema slobodnoj ocjeni, je li se kretalo u granicama dane ovlasti i postiže li se odlukom o odabiru jedne od zakonom predviđenih mogućnosti svrha koju je zakonodavac imao na umu.

Kad Sud sudi u sporu pune jurisdikcije, a postoji ovlast upravnog tijela za donošenje odluke primjenom slobodne ocjene, Sud se ne će upuštati u samu ocjenu, s obzirom na izričitu pravnu regulaciju prema kojoj se kontrola ograničava na ocjenu zakonitosti upravnog akta, a što je i prihvaćeno u sudskoj praksi općenito, pa i u poreznim stvarima.

Slobodnu odluku upravno tijelo mora koristiti s punom pažnjom i odgovornošću; samovolja je nedopustiva. To je osobito osjetljivo u poreznim stvarima gdje treba ostvariti ravnotežu između privatnih interesa poreznih obveznika i javnog interesa te interesa javnopravnih tijela kojima pripadaju određeni porezi.

Summary

FREE ASSESSMENT IN REVENUE MATTERS

The principle of legality introduced by the Constitution of the Republic of Croatia has to be respected in cases in which a revenue body delivers a decision by applying the free (discretionary) assessment. Discretionary powers as powers to resolve cases can be granted only if prescribed by the law, and in revenue matters this refers to cases in which a tax burden is determined or tax collected. Certain institutes cannot be considered as objects of free assessment, for example, jurisdiction, fulfilment of a legal purpose, procedural rules, methods used to establish facts and form of an administrative act. The acts are controlled by the second degree revenue body upon legal remedies as well as administrative courts (the Administrative Court of the Republic of Croatia, that is administrative courts and High Administrative Court of the Republic of Croatia). The last mentioned courts cannot assess whether an act is purposeful. The court controls whether the revenue body has a legal authority to resolve a case by its discretionary powers, and if yes, whether such authority is exceeded. The court also examines whether the legal purpose is fulfilled and whether the abuse of powers has occurred by its misrepresentation. According to the explicit provisions of the new Administrative Dispute Act, in dispute of full jurisdiction the court cannot decide on merits if discretion of the administration is involved. Selected cases from the court practice show what kind of decisions did the revenue bodies make when applying their discretionary assessments. The cases also indicate what kind of judgments did the Administrative Court of the Republic of Croatia deliver upon complaints of tax payers.

Key words: *free assessment, discretionary assessment, revenue matters, administrative court.*

Zusammenfassung

FREIES ERMESSEN IN STEUERSACHEN

Das von Verfassung der Republik Kroatien festgelegte Gesetzlichkeitsprinzip bezieht sich auch auf die von Steuerbehörde durch freies (diskretionäres) Ermessen getroffenen Entscheidungen. Entscheidungsvollmacht gemäß freiem Ermessen kann nur gemäß Gesetzesvorschrift zugeteilt werden, was sich in Steuersachen auf die Fälle der Steuerpflichtfeststellung und der Steuererhebung bezieht. Folgendes kann nicht zum Gegenstand des freien Ermessens werden: Zuständigkeit, Verwirklichung des Gesetzeszwecks, Verfahrensregeln, die Art der Sachverhaltsfeststellung und die Form des Verwaltungsaktes. Die Kontrolle dieser Akten wird von der zweitinstanzlichen Steuerbehörde im Falle der Rechtsmittel und von Verwaltungsgerichten (Verwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichte der Republik Kroatien und das hohe Verwaltungsgericht der Republik Kroatien) ausgeübt. Die letztgenannten Gerichte dürfen die Zweckmäßigkeit des Aktes nicht prüfen. Das Gericht kontrolliert, ob es gesetzliche Befugnis der Steuerbehörde für Entscheidung durch Anwendung des freien Ermessens gibt, ob die Befugnis überschreitet wurde, ob das Gesetzeszweck verwirklicht wurde und ob es zum Ermessensmissbrauch gekommen ist. Das Gericht kann bei der Rechtsstreitigkeit voller Jurisdiktion gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des neuen Gesetzes über Verwaltungsrechtsstreitigkeiten, falls es sich um Verwaltungsdiskretion handelt, keine maßgebende Entscheidung treffen. Die aus der Rechtsprechung ausgewählten Beispiele zeigen, wie die Steuerbehörde durch Anwendung von freiem Ermessen entschlossen hat und welche Urteile das Verwaltungsgericht der Republik Kroatien in Fällen von Beschwerden der steuerpflichtigen Personen gefällt hat.

***Schlüsselwörter:** freies Ermessen, diskretionäres Ermessen, Steuersachen, Verwaltungsgericht.*

Riassunto

LA VALUTAZIONE DISCREZIONALE NELLE QUESTIONI FISCALI

Il principio di legalità dettato dalla Costituzione della Repubblica di Croazia si riferisce anche alle decisioni che prende l'organo fiscale nell'operare una valutazione libera (discrezionale). Il potere di decidere secondo valutazione discrezionale può essere conferito unicamente da una disposizione di legge; un tanto nelle questioni fiscali si riferisce ai casi di accertamento del debito fiscale e della riscossione dei tributi. Non possono, invece, essere oggetto di valutazione discrezionale: la competenza, la realizzazione della finalità di legge, le regole procedurali, le modalità di accertamento dello stato dei fatti e la forma dell'atto amministrativo. Il controllo di detti atti è effettuato dall'organo fiscale di secondo grado nel contesto delle impugnazioni e dalle corti amministrative (Corte amministrativa della Repubblica di Croazia, ovvero i tribunali amministrativi e l'Alta corte amministrativa della Repubblica di Croazia). Costoro non possono valutare la finalità dell'atto. La corte controlla l'esistenza del potere legale dell'organo fiscale di decidere secondo valutazione discrezionale. Controlla, inoltre, se sono stati superati i limiti del potere conferito; se è stata realizzata la finalità di legge e se v'è stato abuso del potere. Nel processo di piena giurisdizione, secondo quanto dispone il nuovo ZUS, se trattasi di discrezionalità dell'amministrazione, la corte non può emanare una decisione sul merito della questione. La giurisprudenza ivi scelta mostra in che modo l'organo fiscale decideva applicando la valutazione discrezionale e quali sentenze sono state emanate dalla Corte amministrativa della Repubblica di Croazia in risposta ai ricorsi presentati dai contribuenti.

Parole chiave: *valutazione libera, valutazione discrezionale, questioni fiscali, corte amministrativa.*

PRAVNI STATUS LUKA UNUTARNJIH VODA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Dr. sc. Dragan Bolanča, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.79(497.5)
Ur.: 8. ožujka 2012.
Pr.: 26. ožujka 2012.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U ovom članku autor opisuje pravni status luka unutarnjih voda u Republici Hrvatskoj. Prvo analizira odredbe Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda iz 2007. godine u odnosu na podjelu luka unutarnjih voda, lučko područje, lučke objekte, lučku upravu, lučke djelatnosti i koncesije. Zatim se bavi nekim relevantnim rješenjima Zakona o vodama iz 2010. godine u pogledu voda, vodnog dobra i javnog vodnog dobra.

Ključne riječi: luke, unutarnje vode, vodno dobro, javno vodno dobro.

1. UVOD

Za Republiku Hrvatsku kao sredozemnu i podunavsku državu, luke unutarnjih voda značajan su element njezinog gospodarstva i integralni su dio njezinoga nacionalnoga gospodarskog sustava. Luke unutarnjih voda kao prometna čvorišta ubrzavaju razvoj prometa i trgovine, a time i cjelokupni gospodarski razvoj zemlje. Uočavajući njihovu važnost, naš je zakonodavac odlučio donijeti zasebni zakonski akt o lukama unutarnjih voda. Taj je akt **Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda** (dalje - ZPLUV),¹ koji u okviru novoga državnog ustroja Republike Hrvatske, *inter alia* uređuje pravni status i način upravljanja lukama unutarnjih voda, te druga pitanja koja se odnose na luke unutarnjih voda (čl. 1., st. 1.).²

1 Vidi Narodne novine br. 109/07. i 132/07. ZPLUV je stupio na snagu 1. studenog 2007. godine, osim odredbi čl. 81., st. 2. i 3. i čl. 179., st. 2. koje stupaju na snagu danom prijema Republike Hrvatske u punopravno članstvo Europske unije (čl. 257.). Te se odredbe odnose na status Rajnskog plovila (čl. 81., st. 2. i st. 3.), odnosno na uvjete obavljanja kabotažne plovidbe (čl. 179., st. 2.). Stupanjem na snagu ZPLUV-a prestali su važiti **Zakon o plovidbi unutarnjim vodama** (Narodne novine br. 19/98., 151/03. i 138/06.) i **Zakon o lukama unutarnjih voda** (Narodne novine br. 142/98 i 65/02., dalje – ZLUV '98.).

2 «Ovim se Zakonom uređuje plovidba unutarnjim vodama Republike Hrvatske, sigurnost plovidbe unutarnjim vodama, pravni status, način upravljanja vodnim putovima i lukama

2. POJAM I RAZVRSTAJ LUKA UNUTARNJIH VODA

U prvom dijelu (Opće odredbe) ZPLUV u odredbi čl. 4. određuje značenje pojedinih pojmova kao što su **unutarnje vode**³ i **luka**.⁴ Nadalje, u ovom se dijelu odmah izričito naglašava da u zakonskom smislu luka predstavlja **luku otvorenu za javni promet** (čl. 4., toč. 31.).⁵ Detaljno reguliranje materije o lukama sadržano je u četvrtom dijelu (Vodni putovi, luke i pristaništa), glavi III. (Luke, čl. 117. – čl. 156.). Zakonodavac ističe da luka može biti otvorena za **domaći**⁶ ili **međunarodni promet** ovisno o ispunjavanju posebnih uvjeta (čl. 117., st. 2.). Bit luke otvorene za javni promet je u tomu što u takvu luku može uploviti plovilo u domaćem ili međunarodnom prometu radi obavljanja prekrcajnih operacija, opskrbe zalihama, smjene posade ili nekoga drugog razloga sukladno odredbama ZPLUV-a (čl. 117., st. 1.). *Upravitelj luke*⁷ dužan je osigurati, u granicama raspoloživih kapaciteta, svim plovilima i svim osobama, jednake uvjete korištenja luke bez diskriminacije

unutarnjih voda, materijalno-pravni odnosi glede plovila, postupci upisa plovila, prijevoz i ugovaranje prijevoza, plovidbene nesreće, ustroj i rad lučkih kapetanija i nadzor te druga pitanja koja se odnose na plovidbu i luke unutarnjih voda” (čl. 1., st. 1.). Napominjemo da se prema odredbi čl. 1., st. 2. ZPLUV-a na pitanja koja nisu njime uređena, na odgovarajući način primjenjuje **Pomorski zakonik** (Narodne novine br. 181/04., 76/07., 146/08. i 61/11., dalje – PZ '04.). Detaljnije o ZPLUV vidi **Iva Olujić**: *Luke na unutarnjim vodama: prikaz imovinsko-pravnih obilježja s prijedlozima de lege ferenda*, Pravni vjesnik, Osijek, br. 3-4, 2008., str. 151. i dalje.

- 3 **Unutarnje vode** su rijeke, kanali i jezera osim rijeka jadranskog sliva u dijelu toka kojim se obavlja pomorska plovidba (čl. 4., toč. 1.). Dakle, plovidba unutarnjim vodama smatra se unutarnjom plovidbom. Ta je definicija u skladu s izrazom **pomorska plovidba** iz PZ-a '04. (čl. 5., toč. 1.), pod kojom se smatra plovidba koja se obavlja na moru i rijekama hrvatskoga jadranskog sliva do granice do koje su one plovne s morske strane.
- 4 **Luka** je dio vodnog puta i s njim neposredno povezani kopneni prostor koji je namijenjen i opremljen za pristajanje, sidrenje i zaštitu plovila, ukrcaj, iskrcaj i skladištenje robe ili ukrcaj i iskrcaj putnika, u kojoj se obavljaju različite komplementarne djelatnosti koje su s robom ili s plovilom u neposrednoj ekonomskoj, prometnoj i tehnološkoj vezi (čl. 4., toč. 31.). **Vodni put** je dio unutarnjih voda na kojem se obavlja plovidba, klasificiran i otvoren za plovidbu (čl. 4., toč. 2.).
- 5 Napominjemo da je ZLUV '98. sadržavao drugačiju podjelu. Naime, prema namjeni kojoj služe, luke su se dijelile na luke otvorene za javni promet i luke za posebne namjene, a obje su vrste luka mogle biti otvorene za međunarodni ili domaći promet. Luke otvorene za javni promet dijelile su se na luke od gospodarskog značaja za Republiku Hrvatsku i luke od gospodarskog značaja za županiju. Luke posebne namjene prema djelatnostima koje su se u njima obavljale dijelile se na vojne luke i luke unutarnjih poslova (to su luke od značaja za Republiku Hrvatsku), te na industrijske, luke nautičkog turizma, sportske i druge luke (to su luke od značaja za županiju) – pobliže vidi **Goran Vojković**: *Luke unutarnjih voda*, Split, 2007., str. 57. – 91., **Dragan Bolanča**: *Luke otvorene za javni promet u hrvatskom zakonodavstvu – usporedba pravnog režima morskih luka i luka unutarnjih voda*, Pravo u gospodarstvu, Zagreb, br. 3, 1999., str. 387. – 411., **Dragan Bolanča**: *Pravni režim luka unutarnjih voda otvorenih za javni promet u hrvatskom zakonodavstvu*, Pravo i porezi, Zagreb, br. 10, 2000., str. 16. – 21.
- 6 Smatra se da je luka koja je otvorena za međunarodni promet prema odredbama ZPLUV-a, otvorena i za domaći promet (čl. 117., st. 3.).
- 7 **Upravitelj luke** je lučka uprava, odnosno svaka osoba koja upravlja lukom (čl. 4., toč. 37).

s obzirom na državnu pripadnost plovila, prebivalište ili sjedište osobe ili na cijenu lučkih usluga (čl. 118.).⁸ S obzirom na *značaj* u lučkom sustavu, luke mogu biti luke od **državnog značaja**,⁹ luke od **županijskog značaja**¹⁰ i **privatne luke**¹¹ (čl. 119., st. 1.).¹² U luke od državnog ili županijskog značaja mogu se razvrstati samo one luke u kojima se može osigurati jednakost i ravnopravnost *lučkih operatera*¹³ u transparentnom postupku njihovog odabira te kontinuitet obavljanja lučkih usluga (čl. 120., st. 1.).¹⁴ Luke se prema značenju razvrstavaju s obzirom na kapacitet, ostvareni promet, prometnu povezanost sa zaledem, upravljačkim pravima nad infrastrukturom te druga obilježja na temelju mjerila za razvrstavanje (čl. 121., st. 3.). ZPLUV navodi da Vlada Republike Hrvatske mora propisati uredbom uvjete kojima moraju udovoljavati luke, mjerila za njihovo razvrstavanje i uvjete sigurnosti plovidbe u lukama (čl. 122., st. 1.)¹⁵ i to u roku od jedne godine od dana stupanja na snagu ZPLUV-a (čl. 243., st. 2.).¹⁶ Do dana stupanja na snagu akta iz čl. 243., st. 2., na snazi ostaje *Uredba o uvjetima kojima moraju udovoljavati luke unutarnjih voda i o mjerilima za njihovo razvrstavanje* (dalje – *Uredba*),¹⁷ pod uvjetom da nije u suprotnosti s odredbama ZPLUV-a (čl. 246., st. 1.).¹⁸

Ovom se Uredbom propisuju uvjeti i mjerila potrebna za određivanje luka otvorenih za domaći i međunarodni promet, te za razvrstaj luka otvorenih za javni promet prema gospodarskom značaju (čl. 1.). Uvjeti kojima moraju udovoljavati luke otvorene za javni promet zavise od toga je li ta luka otvorena za domaći

- 8 Luka može biti otvorena ako je prije toga utvrđeno da je udovoljeno propisanim uvjetima u pogledu opremljenosti, kapaciteta, prometne povezanosti i sigurnosti plovidbe (čl. 121., st. 2.).
- 9 **Luke od državnog značaja** luke su pod upravom Republike Hrvatske, jedinica lokalne, područne (regionalne) samouprave, državnih tijela ili javnih ustanova, koje su razvrstane kao državne luke prema mjerilima za razvrstavanje (čl. 119., st. 2.).
- 10 **Luke od županijskog značaja** luke su pod upravom Republike Hrvatske, jedinica lokalne, područne (regionalne) samouprave, državnih tijela ili javnih ustanova, koje su razvrstane kao županijske luke prema mjerilima za razvrstavanje (čl. 119., st. 3.).
- 11 **Privatne luke** jesu luke koje su pod upravom osoba koje nemaju javne ovlasti i koje su razvrstane kao privatne luke prema mjerilima za razvrstavanje (čl. 119., st. 4.).
- 12 U svakoj luci moraju se osigurati uvjeti za sigurni prihvat plovila i obavljanje lučkih djelatnosti sukladno njezinoj namjeni (čl. 121., st. 1.).
- 13 **Lučki operater** je svaka osoba koja pruža jednu ili više lučkih usluga (čl. 4., toč. 39.).
- 14 U slučaju kada nisu ispunjeni navedeni uvjeti, luka će se razvrstati kao privatna luka (čl. 120., st. 2.).
- 15 Na temelju te uredbe ministar nadležan za unutarnju plovidbu donosi poseban akt o otvaranju i razvrstaju luke (čl. 122., st. 2.).
- 16 Krajnji rok bio je 1. studeni 2008. godine, ali nova uredba još nije donesena. Međutim, do dana stupanja na snagu navedene uredbe, postojeće luke zadržavaju razvrstaj prema ZLUV-u '98. (čl. 251.).
- 17 Vidi Narodne novine, br. 102/00. Uredba je donesena na temelju čl. 7., st. 1. ZLUV-a '98. i stupila je na snagu 17. listopada 2000. godine.
- 18 Smatramo da su primjenjive sve odredbe Uredbe koje se odnose na luke otvorene za javni promet, dok se onaj dio koji se odnosi na luke posebne namjene ne može primijeniti, jer ZPLUV više ne poznaje tu vrstu luka. Poblježe o Uredbi vidi **Vojković**, *op. cit.*, str. 117. – 126., **Dragan Bolanča**: *Pravni status morskih luka kao pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj*, Split, 2003., str. 192. – 195.

javni promet¹⁹ ili za međunarodni javni promet.²⁰ Mjerila za razvrstavanje luka otvorenih za javni promet određuju luke od gospodarskog značaja za Republiku Hrvatsku²¹ i luke od gospodarskog značaja za županiju.²² Prilikom razvrstavanja

- 19 Luka otvorena za domaći javni promet mora imati: 1. područje na kopnu i vodeni prostor gdje se mogu sigurno privezivati i sidriti plovila; 2. u svojem području određena sidrišta izvan plovnog puta, koja su posebno obilježena; 3. objekte sigurnosti plovidbe sukladno posebnim propisima; 4. uredno održavanje dubina na mjestima za sidrenje, prilaženje i pristajanje; 5. obalu koja omogućuje siguran privez i zaštitu plovila u svim vremenskim prilikama; 6. uređene i osvijetljene prilazne putove i radne površine na kojima se vrši ukrcaj odnosno iskrcaj tereta, kretanje osoblja, putnika i prometnih sredstava; 7. pristan, odnosno stuba na obali za prometovanje brod-obala; 8. osiguran prihvrat tekućih i krutih otpadaka s plovila sukladno namjeni i veličini luke; 9. osigurana sredstva i opremu za sprječavanje širenja onečišćenja, i uklanjanje krutih i tekućih otpadaka s vodenog područja luke; 10. uređeni i zaštićeni prostor za putnike i prtljagu ako je luka namijenjena putničkom prometu; 11. uređaje za prekrcaj i smještaj tereta ovisno o namjeni luke; 12. protupožarnu opremu, ovisno o namjeni luke; 13. mogućnost organiziranja pružanja hitne zdravstvene pomoći (čl. 2., st. 1.). Luke otvorene za domaći javni promet u kojima je promet manjeg opsega, kapetanija može osloboditi ispunjenja obveza iz stavka 1. točaka 2., 10., 11. i 13. ovoga članka, uz uvjet da se ne ugrožava sigurnost plovidbe, putnika i drugih sudionika u plovidbi (čl. 2., st. 2.).
- 20 Luka otvorena za međunarodni javni promet mora imati: 1. područje na kopnu i vodeni prostor gdje se mogu sigurno privezivati i sidriti plovila; 2. u svojem području određena sidrišta izvan plovnog puta, koja su posebno obilježena; 3. objekte sigurnosti plovidbe sukladno posebnim propisima; 4. uredno održavanje dubina na mjestima za sidrenje, prilaženje i pristajanje; 5. obalu koja omogućuje siguran privez i zaštitu plovila u svim vremenskim prilikama; 6. uređene i osvijetljene prilazne putove i radne površine na kojima se vrši ukrcaj odnosno iskrcaj tereta, kretanje osoblja, putnika i prometnih sredstava; 7. pristan, odnosno stuba na obali za prometovanje brod-obala; 8. uslugu lučkog tegljenja 24 sata dnevno; 9. privezivačku službu 24 sata dnevno; 10. službu kontrole pristajanja, sidrenja, boravka i plovidbe plovila na lučkom području 24 sata dnevno; 11. osiguran prihvrat tekućih i krutih otpadaka s plovila, sukladno namjeni i veličini luke; 12. osigurana sredstva i opremu za sprječavanje širenja onečišćenja, i uklanjanje krutih i tekućih otpadaka s vodenog područja luke; 13. uređeni i zaštićeni prostor za putnike i prtljagu ako je luka namijenjena putničkom prometu; 14. uređaje za prekrcaj i smještaj tereta ovisno o namjeni luke; 15. sredstva, opremu i osoblje obučeno za protupožarnu zaštitu u opsegu koji ovisi o veličini i namjeni luke; 16. uslugu opskrbe plovila gorivom i mazivom, pitkom vodom i električnom energijom; 17. uslugu higijensko-sanitarne zaštite i obavljanje dezinfekcije, dezinsekcije i deratizacije plovila i luke; 18. pružanje poštanskih i telefonskih usluga; 19. mogućnost organiziranja pružanja hitne zdravstvene pomoći.
- 21 Mjerila za razvrstavanje luka otvorenih za javni promet u luke od gospodarskog značaja za Republiku Hrvatsku su: 1. smještaj na E-plovnom putu; 2. mogućnost smještaja plovila ili guranih konvoja koji se koriste na relevantnim plovnim putovima prema njihovoj klasi; 3. ukupni prekrcajni kapacitet treba biti najmanje 500.000 tona tereta godišnje ili promet od 10.000 putnika godišnje; 4. povezanost s glavnim međunarodnim cestovnim i željezničkim prometnicama; 5. pogodni uvjeti za razvoj lučke industrijske zone; 6. mogućnost rukovanja standardnim kontejnerima (čl. 4., st. 1.). Luke specijalizirane za rasuti teret ne moraju ispunjavati uvjet naveden u stavku 1. točki 6. ovog članka. Pod pojmom rasuti teret smatra se suhi rasuti teret (engl. *dry bulk cargo*) i tekući teret (engl. *liquid bulk cargo*) – čl. 4., st. 2. Putničke luke moraju ispunjavati uvjete navedene u stavku 1. točkama 1., 2., 3. i 4. ovoga članka (čl. 4., st. 3.). Na mjerila za razvrstavanje luka otvorenih za javni promet u luke od gospodarskog značaja za Republiku Hrvatsku odgovarajući se primjenjuju odredbe Europskog ugovora o glavnim unutarnjim putovima od međunarodnog značaja (AGN) u dijelu koji se odnosi na luke od međunarodnog značaja (čl. 4., st. 4.).
- 22 Mjerila za razvrstavanje luka otvorenih za javni promet u luke od gospodarskog značaja

svaka luka otvorena za javni promet mora udovoljiti svim mjerilima propisanim za odgovarajuću kategoriju luke (čl. 6). Luke u Osijeku, Slavonskom Brodu, Sisku i Vukovaru su luke otvorene za međunarodni promet od državnog značaja (od značaja za Republiku Hrvatsku).²³

3. LUČKO PODRUČJE

Lučko područje²⁴ utvrđuje Vlada Republike Hrvatske uredbom o određivanju lučkog područja za svaku pojedinu luku u skladu s dokumentima prostornog uređenja i planskim osnovama za upravljanje vodama (čl. 123., st. 2.)²⁵ i to u roku od godine dana od dana stupanja na snagu ZPLUV-a (čl. 243., st. 2.)²⁶ Lučko područje može obuhvaćati više lučkih bazena, odnosno više izdvojenih prometno-tehnoloških cjelina (terminala) specijaliziranih za prekrcaj određene vrste tereta (čl. 123., st. 1.). Upravitelj luke dužan je predložiti izmjenu akta o određivanju lučkog područja ako se mijenja opseg gospodarskog korištenja luke (čl. 123., st. 3.)²⁷ Na nekretninama u sastavu lučkog područja Republika Hrvatska ima pravo prvokupa (čl. 123., st. 5.)²⁸

4. LUČKE GRAĐEVINE

Lučke građevine su građevine u smislu općeg propisa o gradnji koje služe za obavljanje lučkih djelatnosti (čl. 124., st. 1.). One se dijele na **lučku infrastrukturu**²⁹

-
- za županiju su: 1. prekrcajni kapacitet ispod 500.000 tona tereta godišnje ili promet manji od 10.000 putnika godišnje; 2. cestovna ili željeznička povezanost s glavnim županijskim centrima (čl. 5.).
- 23 Danom stupanja na snagu ZLUV-a '98., 5. studenog 1998. godine luke sa sjedištem u Osijeku, Slavonskom Brodu, Sisku i Vukovaru postale su luke otvorene za međunarodni promet od značaja za Republiku Hrvatsku. Vidi *supra* fus-notu br. 16.
- 24 **Lučko područje** je područje luke koje se koristi za obavljanje lučkih djelatnosti, kojim upravlja upravitelj luke i na kojem vrijedi poseban režim kontrole dolaska i odlaska polovila, te ulaska i izlaska vozila i osoba (čl. 4., toč. 34.). **Lučki akvatorij** je dio vodnog puta u sklopu lučkog područja, u naravi prostor neposredno uz obalu, te izdvojena sidrišta (čl. 4., toč. 35.).
- 25 Proglašenje lučkoga područja evidentirat će se u zemljišnim knjigama (čl. 123., st. 2.).
- 26 Taj je rok protekao 1. studenog 2008. godine, a kako to još uvijek nije učinjeno, na snazi ostaju sljedeći akti (čl. 246., st. 1.): *Uredba o određivanju lučkog područja luke Vukovar* (Narodne novine, br. 100/01.), *Uredba o određivanju lučkog područja luke Slavonski Brod* (Narodne novine, br. 78/03.), *Uredba o određivanju lučkog područja luke Osijek* (Narodne novine, br. 179/03.) i *Uredba o određivanju lučkog područja luke Sisak* (Narodne novine, br. 108/06.).
- 27 Prijedlog uredbe iz čl. 123., st. 2. kojom se proširuje lučko područje može se podnijeti ako se za izgradnju nove luke ili proširenje postojeće luke prethodno ishodi lokacijska dozvola (čl. 123., st. 4.).
- 28 Vidi *infra* fus.-notu br. 76.
- 29 **Lučku infrastrukturu** čine operativne obale i druge lučke zemljišne površine, pristani, lučke ceste i željeznički kolosijeci te pripadajući željeznički uređaji, vodovodne, kanalizacijske,

i **lučku suprastrukturu**³⁰ (čl. 124., st. 2.). Izgradnja lučkih građevina u lukama od državnog ili županijskog značaja u interesu je Republike Hrvatske te se radi njihova građenja može neposredno podnijeti zahtjev za izvlaštenje sukladno odredbama Zakona o izvlaštenju (čl. 125.).³¹ Za građenje lučkih građevina na vodnom i javnom dobru primjenjuju se odredbe posebnog propisa o vodama (čl. 126., st. 2.).

5. UPRAVLJANJE LUKOM

Upravljanje lukom je javna služba (čl. 130., st. 2.),³² a obuhvaća sljedeće poslove: 1. kontrola i evidencija dolazaka i odlazaka plovila, prekrajca i transporta, 2. osiguravanje kontinuiteta obavljanja lučkih djelatnosti, 3. prihvata otpada, fekalnih, kaljužnih i zauljenih voda s plovila, 4. provođenje reda u luci i nadzor nad obavljanjem lučkih djelatnosti, 5. redovito održavanje lučke infrastrukture, 6. redovito održavanje akvatorija i objekata sigurnosti plovidbe na lučkom području (čl. 130., st. 1.).³³ Poslove upravljanja lukom obavljaju lučka uprava (toč. 1. – 5.)³⁴ i Agencija za vodne putove³⁵ (toč. 6.) – čl. 130., st. 3. i st. 4.

energetske i komunikacijske mreže, rasvjeta, ograde te druge građevine i uređaji koji po svojoj namjeni omogućavaju siguran prilaz i privez plovila (čl. 124., st. 3.).

- 30 **Lučku suprastrukturu** čine građevine izgrađene na lučkom području osim građevina iz čl. 124., st. 3. (upravne zgrade, skladišta, silosi, rezervoari i sl.) – čl. 124., st. 4.
- 31 Svako ulaganje u lučke građevine koje služe za obavljanje lučkih usluga u luci od državnog ili županijskog značaja, bez obzira na pravni status investitora, kada se vrši u skladu sa srednjoročnim planom razvitka, smatra se da se obavlja u interesu i za potrebe Republike Hrvatske (čl. 126., st. 1.). Inače, Vlada Republike Hrvatske na temelju Strategije razvitka riječnog prometa Republike Hrvatske donosi srednjoročni plan razvitka vodnih putova i luka unutarnjih voda s planiranim iznosima troškova i predloženim načinom financiranja. (čl. 103., st. 1.). Taj se plan izrađuje se za razdoblje od pet do deset godina i međusobno se usklađuje s planovima upravljanja vodnim područjem, donesenim na temelju propisa o vodama (čl. 103., st. 2. i st. 3.).
- 32 Obavljanje javne službe financira se iz sredstava lučkih pristojbi (čl. 132., st. 1.). Vrste lučkih pristojbi su pristojba za upotrebu obale ili pontona, ležarina, pristojba za vez, naknada za korištenje luke i naknada za korištenje pristaništa (čl. 133., st. 1.). Vidi **Pravilnik o kriterijima za određivanje lučkih pristojbi** (Narodne novine, br. 20/09.)
- 33 U privatnim lukama poslove upravljanja lukom iz točke 3., 4. i 5. obavlja upravitelj luke (čl. 130., st. 5.).
- 34 U vezi s obavljanjem poslova upravljanja lukom lučka uprava ima propisane javne ovlasti koje obuhvaćaju: naplatu lučkih pristojbi, sklapanje ugovora o korištenju luke, izdavanje odobrenja za obavljanje lučkih djelatnosti, potvrđivanje i objavu lučkih tarifa, uvid u poslovnu i financijsku dokumentaciju lučkih korisnika (čl. 131., st. 1.). U okviru javnih ovlasti lučka uprava donosi upravne i druge akte te odlučuje o pitanjima od značaja za razvitak luka (čl. 131., st. 2.).
- 35 Agencija za vodne putove je javna ustanova koja obavljajući javnu službu osiguravanja sigurnosti plovidbe vrši sljedeće poslove: 1. gradnju, tehničko unaprjeđenje i prometno-tehnološku modernizaciju vodnih putova, 2. tehničko održavanje vodnih putova, 3. oposobljavanje vodnih putova i objekata sigurnosti plovidbe onespoboljenih zbog elementarnih nepogoda (čl. 112. i čl. 113.).

6. LUČKE UPRAVE

Poslove upravljanja lukama obavljaju lučke uprave kao javne ustanove (čl. 137., st. 1.).³⁶ Osnivačka prava nad lučkim upravama ima Republika Hrvatska, a prava i dužnosti osnivača obavlja Ministarstvo nadležno za unutarnju plovidbu (čl. 137., st. 2.). Lučkom upravom upravlja Upravno vijeće, a voditelj poslovanja je ravnatelj (čl. 137., st. 5.). Sastav Upravnog vijeća, imenovanje i razrješenje ravnatelja i drugo u svezi s radom lučke uprave uredit će se Uredbom Vlade Republike Hrvatske (čl. 137., st. 6.).³⁷ Imovinu lučke uprave čine sredstva pribavljena od osnivača te njezini prihodi (čl. 137., st. 4.).³⁸ Ako lučka uprava u obavljanju svoje djelatnosti ostvari dobit, sredstva dobiti moraju se koristiti za razvoj vlastite djelatnosti (čl. 137., st. 3.). Na sve što nije regulirano ZPLUV-om ili uredbom³⁹ primjenjuje se Zakon o ustanovama (čl. 137., st. 7.). Djelatnosti lučke uprave su: 1. organizacija i nadzor pristajanja i manevriranja plovila u luci, 2. kontrola lučkog prometa, ulazaka i izlazaka prijevoznih sredstava i tereta, 3. održavanje zajedničkih lučkih građevina na lučkom području, 4. održavanje reda u luci, visokog stupnja sigurnosti i zaštite okoliša u luci, 5. izgradnja i modernizacija lučkih građevina u ime Republike Hrvatske, 6. upravljanje nekretninama na lučkom području na kojima lučka uprava ima pravo građenja, 7. upravljanje slobodnom zonom na lučkom području koja je osnovana odlukom Vlade Republike Hrvatske sukladno propisima koji uređuju slobodne zone, 8. obavljanje stručnih poslova u svezi s davanjem Odobrenja, 9. nadzor nad radom lučkih operatera i korisnika luke koji obavljaju lučke djelatnosti, u skladu s preuzetim obvezama, 10. marketing i promocija luke na transportnom tržištu, 11. osiguravanje pružanja usluga od općeg interesa ili za koje ne postoji gospodarski interes drugih gospodarskih subjekata, 12. izrada prijedloga planskih dokumenata za razvitak lučkog sustava na unutarnjim vodama,⁴⁰ 13. tehnička pomoć tijelima

36 To su: 1. "Javna ustanova Lučka uprava Vukovar«, sa sjedištem u Vukovaru – za područje mjesne nadležnosti Lučke kapetanije Vukovar, 2. »Javna ustanova Lučka uprava Osijek«, sa sjedištem u Osijeku – za područje mjesne nadležnosti Lučke kapetanije Osijek, 3. »Javna ustanova Lučka uprava Slavonski Brod« sa sjedištem u Slavonskom Brodu – za područje mjesne nadležnosti Lučke kapetanije Slavonski Brod, 4. »Javna ustanova Lučka uprava Sisak«, sa sjedištem u Sisku – za područje mjesne nadležnosti Lučke kapetanije Sisak (čl. 137., st. 1.).

37 Vidi *Uredbu o upravljanju i vođenju poslova lučkih uprava unutarnjih voda* (Narodne novine, br. 100/08.).

38 To su: 1. lučke pristojbe, 2. sredstva iz državnog proračuna i županijskog proračuna te proračuna jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, 3. ostali prihodi (čl. 140., st. 1.).

39 Vidi *supra* fus-notu br. 37.

40 Lučka uprava može u cilju obavljanja te djelatnosti osnivati trgovačka društva u svom vlasništvu uz prethodnu suglasnost ministra nadležnog za unutarnju plovidbu (čl. 139., st. 1.). Ne može se pozvati na opći interes ukoliko na području nadležnosti lučke uprave postoji barem jedan lučki operater koji obavlja istovrsnu lučku djelatnost onoj za koju se namjerava osnovati trgovačko društvo iz stavka 1. ovoga članka ili ako bi osnivanje takvog društva predstavljalo bilo kakav oblik narušavanja tržišnog natjecanja (čl. 139., st. 2.). Udjele u trgovačkim društvima, osnovanim prema stavku 1. ovoga članka, lučka uprava dužna je staviti na prodaju u roku od 3 godine od osnivanja trgovačkog društva i to najmanje 49% temeljnog kapitala (čl. 139., st. 3.).

lokalne i područne (regionalne) samouprave na području razvoja luka i pristaništa te 14. drugi poslovi određeni zakonom.

7. LUČKE DJELATNOSTI

Lučke djelatnosti obuhvaćaju *lučke usluge*⁴¹ i *ostale gospodarske djelatnosti*⁴² koje se obavljaju na lučkom području (čl. 141., st. 1.). U lukama se mogu obavljati i *druge djelatnosti* koje se uobičajeno obavljaju uz lučke usluge (čl. 142.). Na lučkom području lučki korisnici smiju obavljati lučke djelatnosti na temelju **odobrenja**⁴³ (čl. 143., st. 1.). Odobrenje je upravni akt koji donosi lučka uprava uz prethodnu suglasnost Ministarstva nadležnog za unutarnju plovidbu (čl. 143., st. 2.).⁴⁴ Odobrenjem se određuju zahtjevi u pogledu obveze obavljanja lučke djelatnosti, zahtjevi u pogledu sigurnosti, redovitosti, kontinuiteta i kvalitete usluge, obveza poštivanja lučkih tarifa, obveza plaćanja lučke pristojbe, rok⁴⁵ na koji se daje Odo-

-
- 41 Lučke usluge su: 1. nautičke usluge: a) privez i odvez plovila, b) boksaza, c) prihvat i opsluživanje plovila na sidrištu, d) opskrba plovila, posade i putnika, 2. transportne usluge: a) ukrcaj, iskrcaj, prekrcaj, prijenos i slaganje tereta, b) skladištenje, deponiranje i transportne operacije ovisno o vrsti tereta, c) priprema i objedinjavanje tereta za transport, 3. usluge prihvata i otpreme putnika, 4. špeditorske usluge i lučka agentura (čl. 141., st. 2.). Boksaza je vrsta lučke usluge kojim se obavlja manevriranje plovilima u luci (čl. 4., toč. 42.).
- 42 Ostale gospodarske djelatnosti uključuju, distribuciju i logistiku tereta, doradu i oplemenjivanje robe, te industrijske djelatnosti uključujući proizvodnju koje omogućavaju potpunije gospodarsko iskorištenje lučkih kapaciteta (čl. 141., st. 3.).
- 43 ZPLUV uvodi institut odobrenja umjesto koncesija. O sustavu odobrenja vidi **Goran Vojković**: *Inland Ports in the Republic of Croatia: Approvals for Port Activities Instead of Concession*, Promet – Trafic & Transportation, Zagreb, br. 6, 2008., str. 395. – 399. Međutim, ZPLUV naglašava da koncesije izdane prema ZLUV-u '98. ostaju na snazi do isteka roka do kojeg su izdane (čl. 256., st. 3.), te da će se postupci za davanje koncesije započeti do stupanja na snagu ZPLUV-a dovršiti po odredbama ZLUV-a '98 i propisa donesenih na temelju toga Zakona, a koji se odnose na postupak davanja koncesije (čl. 256., st. 5.). O postupku koncesioniranja u ZLUV-u '98. vidi **Dragan Bolanča**: *Pravni režim luka unutarnjih voda otvorenih za javni promet u hrvatskom zakonodavstvu*, Pravo i porezi, Zagreb, br. 10, 2000., str. 16. – 21.
- 44 Protiv odluke lučke uprave žalba nije dopuštena, ali se može pokrenuti upravni spor (čl. 143., st. 3.).
- 45 Rok na koji se daje odobrenje određuje se na osnovi sljedećih kriterija kada: 1. lučki korisnik ne namjerava poduzimati značajnije investicije u luci, maksimalni rok je 5 godina, 2. lučki korisnik namjerava poduzeti značajne investicije u opremu i uređaje za obavljanje lučke usluge, maksimalni rok je 10 godina, 3. lučki korisnik namjerava poduzeti značajne investicije u trajnu imovinu, infrastrukturne ili suprastrukturne objekte i uređaje koji mu služe za obavljanje lučke usluge, maksimalni rok je 25 godina (čl. 144., st. 2.). Rok na koji se daje odobrenje za obavljanje ostalih gospodarskih djelatnosti određuje se ovisno o visini investicije i utvrđuje se na temelju studije o gospodarskoj opravdanosti projekta (čl. 144., st. 3.). Dakle, ZPLUV uvodi izravnu korelaciju između duljine trajanja odobrenja i investicija u luku, opširnije o tome **Goran Vojković – Iva Olujić – Neven Grubišić**: *Lučka politika u lukama unutarnjih voda – regulacija ili deregulacija?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 4, 2010., str. 887. – 902.

brenje te drugi uvjeti pod kojima se obavlja lučka djelatnost (čl. 144., st. 1.). Na temelju Odobrenja lučka uprava potpisuje ugovor s *lučkim korisnikom*⁴⁶ (čl. 144., st. 4.). Odobrenje se može dodijeliti osobi koja ispunjava određene uvjete (čl. 145., st. 1.).⁴⁷ U lukama od državnog i/ili županijskog značaja Odobrenje se daje na zahtjev (čl. 146., st. 1.)⁴⁸ ili na temelju javnog prikupljanja ponuda kada se daje isključivo pravo korištenja prostora (čl. 149., st. 2.).⁴⁹ U privatnim lukama Odobrenje se daje samo na zahtjev (čl. 150.).⁵⁰ Kada je isključivo pravo obavljanja lučke djelatnosti u luci od državnog ili županijskog značaja vezan uz korištenje javnoga vodnog dobra ili vodnog dobra, lučka uprava je dužna prije izdavanja Odobrenja ishoditi pravo građenja ili prava korištenja na javnom vodnom dobru sukladno propisima o vodama, odnosno ishoditi pravo građenja ili pravo korištenja na vodnom dobru od privatnih vlasnika (čl. 151.). U određenim slučajevima, lučka uprava može (čl.

46 **Lučki korisnik** je lučki operater odnosno bilo koja osoba koja obavlja lučku djelatnost u luci (čl. 4., toč. 40). Broj lučkih korisnika koji obavljaju lučke djelatnosti na lučkom području može se ograničiti za nautičke usluge i uslugu prihvatata i otpreme putnika, a za transportne usluge te za ostale gospodarske djelatnosti kada je takvo ograničenje vezano uz raspoloživost prostora unutar lučkog područja (čl. 147.).

47 To su sljedeći uvjeti: 1. registrirana je za obavljanje gospodarske djelatnosti, 2. raspoloživo odgovarajućim tehničkim stručnim i organizacijskim sposobnostima, 3. uredno izvršava financijske obveze prema Republici Hrvatskoj, 4. nije pokrenut stečajni postupak ili likvidacija (čl. 145., st. 1.). Odobrenje za obavljanje lučke djelatnosti u privatnoj luci može se dodijeliti ako je podnositelj zahtjeva uz uvjete iz čl. 145., st. 1. dostavio dokaz da ima riješene imovinskopravne odnose na lučkom području (čl. 145., st. 2.).

48 Podnositelj zahtjeva za izdavanje Odobrenja dužan je uz zahtjev priložiti: 1. specifikaciju vrste i opsega obavljanja djelatnosti, 2. dokaz da raspoloživo odgovarajućim tehničkim, stručnim i organizacijskim sposobnostima za obavljanje lučke djelatnosti za koju traži odobrenje, 3. dokaz da je registriran za gospodarsku djelatnost, 4. dokaze o urednom izvršavanju financijskih obveza prema Republici Hrvatskoj (čl. 146., st. 2.).

49 Odluku o javnom prikupljanju ponuda donosi lučka uprava nakon što je prethodno na osnovi prikupljenih pisama namjere ili na drugi način utvrdila gospodarski interes potencijalnih lučkih korisnika (čl. 149., st. 2.). Odluka o javnom prikupljanju ponuda sadrži: 1. određenje prostora na kojem se daje isključivo pravo korištenja, 2. vrstu lučke djelatnosti koju je dopušteno obavljati na tom prostoru, 3. visinu naknade za korištenje luke, 4. maksimalni rok na koji se daje odobrenje, 5. rok trajanja javnog prikupljanja ponuda, 6. podatke o javnom otvaranju ponuda, 7. kriterije za odabir, 8. druge potrebne podatke kojima se dokazuje ispunjavanje uvjeta za dobivanje odobrenja (čl. 149., st. 3.). Podnositelj ponude pored dokaza o ispunjavanju propisanih uvjeta iz čl. 145. ZPLUV-a mora dostaviti sljedeću dokumentaciju: 1. plan i program rada za razdoblje za koje se daje odobrenje, 2. studiju gospodarske opravdanosti za investiciju koju namjerava pokrenuti s posebnim osvrtom na učinak koji investicija ima na atraktivnost luke, povećanje prometa i lučke prihode (čl. 149., st. 4.). Odluka o javnom prikupljanju ponuda javno se objavljuje (čl. 149., st. 5.).

50 Zahtjev podnosi osoba koja je vlasnik ili ima upravljačka prava nad lučkom infrastrukturom. Pored dokaza o ispunjavanju propisanih uvjeta iz čl. 145. ZPLUV-a (vidi *supra* fus-notu br. 47), ona mora dostaviti i dokumentaciju iz čl. 149., st. 4. (vidi *supra* fus-notu br. 49).

152.)⁵¹ ili je obvezna⁵² (čl. 153.) ukinuti Odobrenje.

8. POJAM LUKA UNUTARNJIH VODA KAO STVARI

ZPLUV naglašava da su luke unutarnjih voda **dobra od gospodarskog interesa za Republiku Hrvatsku** i imaju njezinu osobitu zaštitu (čl. 2.).⁵³ Nadalje,

- 51 Lučka uprava može ukinuti odobrenje u sljedećim slučajevima: 1. lučki operater ne pridržava se tarifa, 2. lučki korisnik ne pridržava se odredbi o redu u luci, 3. lučki korisnik ne provodi plan i program rada, 4. lučki korisnik obavlja lučku djelatnost za koju nije dobio odobrenje, 5. lučki korisnik nije započeo s obavljanjem lučke djelatnosti u roku određenom odobrenjem (čl. 152., st. 1.). U nabrojanim slučajevima Lučka uprava će prije ukidanja Odobrenja upozoriti lučkog korisnika te ga pozvati da se u roku od osam dana izjasni o razlozima nepoštivanja odredbi Odobrenja (čl. 152., st. 2.).
- 52 Lučka uprava je obvezna ukinuti odobrenje u sljedećim slučajevima: 1. lučki operater primjenjuje diskriminacijske mjere prema korisnicima, 2. lučki korisnik je prestao obavljati djelatnost za koju je dobio odobrenje, 3. lučki korisnik ne plaća ili neuredno plaća lučku pristojbu (čl. 153.).
- 53 *Ustav Republike Hrvatske* (Narodne novine, br. 85/10. - pročišćeni tekst) u čl. 52., st. 1. određuje da su "more, morska obala i otoci, vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva" proglašeni za **dobra od interesa za Republiku Hrvatsku**. Osim toga, ustavna norma omogućuje da se zakonom proglasi da su takva dobra i stvari koje su "zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobito kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja". Ta se dobra stavljaju pod poseban pravni režim, kroz koji će se ostvarivati njihova osobita zaštita. Naime, "zakonom se određuje način na koji dobra od interesa za Republiku mogu iskorištavati i upotrebljavati ovlaštenici prava na njima i vlasnici" (čl. 52., st. 2.). To znači da se za pojedine vrste stvari koje su proglašene dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku zakonom određuju posebna pravila iskorištavanja i uporabe tih stvari, čime se uspostavlja posebno pravno uređenje tih stvari (vidi **Arsen Bačić: Komentar Ustava Republike Hrvatske**, Split, 2002., str. 149. - 150., **Nikola Gavella: Pravni režim nekretnina i njegova usklađenost s ustavnim poretkom i zahtjevima tržišnog gospodarstva**, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse - Godišnjak 5, Zagreb, 1998., str. 54., **Nikola Gavella - Tatjana Josipović - Igor Gliha - Vlado Belaj - Zlatan Stipković: Stvarno pravo**, Zagreb, 1998., str. 53. - 59.). **Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima** (Narodne novine, br. 91/96., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09. i 153/09.) uklanja ustavnu pravnu prazninu u definiranju dobara od interesa za Republiku Hrvatsku, pa propisuje da u dobra od interesa za Republiku Hrvatsku spadaju opća dobra i javna dobra. **Opća dobra** su stvari koje po svojim osobinama ne mogu biti u vlasti niti jedne fizičke ili pravne osobe pojedinačno, nego su na uporabi svih, kao što su atmosferski zrak, voda u rijekama, jezerima i moru te morska obala (čl. 3., st. 2.). Stvari koje su po namjeni vrlo slične općim dobrima, ali za razliku od njih mogu biti objektom prava vlasništva jesu javna dobra (čl. 4., st. 1.). **Javna dobra u općoj uporabi** stvari su namijenjene uporabi svih (npr. ceste, parkovi, mostovi i sl.), dok su **javna dobra u javnoj uporabi** stvari koje neposredno služe izvršavanju prava i dužnosti Republike Hrvatske, njezinih tijela i ustanova (npr. zgrade, vozila, oružje i sl.) – vidi **Martin Vedriš - Petar Klarić: Građansko pravo**, Zagreb, 1998., str. 239. - 240., **Damir Aviani: Privatno korištenje dobara od javnog interesa u Republici Hrvatskoj: domet i ograničenja**, Zbornik radova "Pravo i vrednovanje javnih dobara, Split, 2008., str. 213. - 240., **Desanka Sarvan - Mladen Žuvela: Nekretnine u vlasništvu pravnih osoba javnog prava**, Zbornik radova Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse - Godišnjak 17, Zagreb, 2010., str. 25. - 32.

u čl. 126., st. 2. (vidi *supra* 4) i u čl. 151. (vidi *supra* 7) upućuje nas na primjenu odredaba posebnog propisa o vodama. Taj posebni propis je **Zakon o vodama** (dalje - ZOV),⁵⁴ koji *inter alia* uređuje pravni status voda, vodnoga dobra (javnog vodnog dobra) i vodnih građevina (čl. 1., st. 1.).

ZOV navodi da su vode **opće dobro** i imaju osobitu zaštitu Republike Hrvatske (čl. 7., st. 1.). Vode u tijelima **površinskih**⁵⁵ i **podzemnih**⁵⁶ voda ne mogu biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava (čl. 7., st. 2.), a koriste se i na njima se stječu prava na način i pod uvjetima utvrđenim ovim Zakonom i drugim propisima (čl. 7., st. 3.).⁵⁷ Kao što je već navedeno (vidi *supra* 2.), luke unutarnjih voda nalaze se u pravilu na **rijekama**⁵⁸ ili **jezerima**.⁵⁹ Te se vode mogu koristiti za plovidbu i za postavljanje plutajućih ili plovećih objekata na vodama (čl. 74., st. 1., toč. 4. i 7.).⁶⁰ Svakome je dopušteno korištenje voda pod uvjetima i u granicama

54 Vidi Narodne novine, br. 153/09. ZOV je stupio na snagu 1. siječnja 2010. godine, osim čl. 107., st. 3. i st. 6. koji su stupili na snagu 1. siječnja 2011. godine (čl. 263., st. 1.). Njegovim stupanjem na snagu prestao je važiti istoimeni **Zakon o vodama** (vidi Narodne novine, br. 107/95., dalje – ZOV '95.), osim čl. 173. i čl. 174. koji su prestali važiti 1. siječnja 2011. godine (čl. 263., st. 2.). O derogiranom zakonu vidi **Jasna Daničić: Prikaz osnovnih pravnih instituta iz Zakona o vodama i pratećih propisa**, priopćenje iz zbornika Uloga i ovlasti Državnog pravobraniteljstva glede određenih nekretnina u vlasništvu Republike Hrvatske i općih dobara uz osvrt na neke obveznopravne odnose, Zagreb, 2000., str. 147. – 152., **Jasna Brežanski: Vode i vodno dobro (neka pitanja pravnog uređenja)**, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1, 2001., str. 471. – 503., **Ivan Šimunović: Vodno dobro**, Informator, Zagreb, br. 4497, 1997., (Male stranice), str. 3. – 7.

55 **Površinske vode** su kopnene vode, osim podzemnih voda, te prijelazne vode, a taj izraz uključuje i priobalne vode i vode teritorijalnog mora, gdje je to izričito određeno u zakonskom tekstu (čl. 3., toč. 61.). **Kopnene vode** su sve stajaće ili tekuće vode na površini tla i sve podzemne vode na kopnenoj strani od crte niske vode na obali kopna (čl. 3., toč. 38.). **Prijelazne vode** su kopnene vode u blizini ušća u more, koje su djelomično slane uslijed blizine priobalnih voda, ali se nalaze pod znantnim utjecajem slatkovodnih tokova (čl. 3., toč. 65.).

56 **Podzemne vode** su sve vode ispod površine tla u zoni zasićenja i u izravnom dodiru s površinom tla ili podzemnim slojem (čl. 3., toč. 59.).

57 Detaljnije o pravnom statusu voda vidi **Jasna Brežanski: Novi Zakon o vodama**, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1, 2010., str. 299. – 308., **Sonja Vizjak: Građanskopravni aspekti uređenja voda i vodnog dobra** (doktorska disertacija), Split, 2011., str. 79. – 81.

58 **Rijeka** je kopneno vodno tijelo koje najvećim dijelom teče površinom tla, ali može i dijelom toka teći ispod zemlje (čl. 3., toč. 72.).

59 **Jezero** je vodno tijelo stajaće površinske vode (čl. 3., toč. 33.).

60 Prema ZOV-u korištenjem voda prema smatra se: 1. zahvaćanje površinskih i podzemnih voda, uključujući izvorske, mineralne, termalne i termomineralne vode za različite namjene (za opskrbu vodom za piće, za stavljanje na tržište u izvornom ili prerađenom obliku u bocama ili drugoj ambalaži, sanitarne i tehnološke potrebe, zdravstvene i balneološke potrebe, grijanje, navodnjavanje i druge namjene), 2. korištenje vodnih snaga za proizvodnju električne energije i pogonske namjene, 3. korištenje voda pogodnih za uzgoj slatkovodnih riba i drugih vodenih organizama, 4. korištenje voda za plovidbu, 5. korištenje voda za splavarenje, uključujući i rafting, vožnju kanuima i drugim sličnim plovilima, 6. korištenje voda za šport, kupanje, rekreaciju i druge slične namjene i 7. korištenje voda za postavljanje plutajućih ili plovećih objekata na vodama (čl. 74., st. 1.). Plutajućim i plovećim objektima

određenim ZOV-om (čl. 75., st. 1.). Za svako korištenje voda koje prelazi opseg općeg korištenja voda,⁶¹ odnosno slobodnog korištenja voda,⁶² potreban je ugovor o koncesiji ili vodopravna dozvola za korištenje voda (čl. 79.). Za gospodarsko korištenje voda⁶³ potrebna je koncesija (čl. 163., st. 1.).⁶⁴ Kako su vode opće dobro, koncesije za gospodarsko korištenje voda smatraju se koncesijama za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra sukladno Zakonu o koncesijama (čl. 163., st. 2.). Naime, **Zakon o koncesijama** dalje – ZOK)⁶⁵ je *lex generalis* u sustavu

-
- na vodama iz stavka 1. točke 7. ovoga članka ne smatraju se uzgojne instalacije u marikulturi (čl. 74., st. 2.).
- 61 Čl. 76. propisuje da je svakome dopušteno korištenje voda za osobne potrebe, na način i u količinama koje ne isključuju druge od jednakog korištenja (opće korištenje voda) – st. 1. Opće korištenje voda obuhvaća osobito: 1. zahvaćanje površinske i podzemne vode iz prvoga vodonosnoga sloja do 10 m dubine i to za: piće, kuhanje, grijanje, održavanje čistoće, sanitarne i druge potrebe u kućanstvu i 2. korištenje površinskih voda za kupanje, sport i rekreaciju i druge slične namjene (st. 2.). Opće korištenje voda ne obuhvaća korištenje voda za navodnjavanje neovisno o veličini površine koja se navodnjaava (st. 3.).
- 62 Vlasnik odnosno ovlaštenik drugog stvarnog prava na zemljištu može slobodno upotrebljavati i koristiti: 1. oborinske vode koje se skupljaju na njegovom zemljištu, 2. vode koje izvire na njegovom zemljištu, a do granice tog zemljišta ne stvaraju vodotok, to jest, ne otječu izvan granica tog zemljišta, u granicama općeg korištenja voda te 3. podzemne vode na njegovom zemljištu, u granicama općeg korištenja voda (čl. 77.).
- 63 Napominjemo da je ZOV '95. predviđao koncesije na vodama i na javnom vodnom dobru – vidi **Tatjana Josipović**: *Posebna pravna uređenja koncesija na nekretninama*, Zbornik radova «Nekretnine kao objekti imovinskih prava», Zagreb, 2004., str. 123. – 127., **Dragan Bolanča**: *Pravno uređenje koncesija*, Zbornik radova «43. susret pravnika», Opatija, 2005., str. 117. – 119.
- 64 Koncesija za korištenje voda potrebna je za: 1. korištenje vodne snage radi proizvodnje električne energije, 2. korištenje vodne snage za pogon uređaja, osim proizvodnje električne energije, 3. zahvaćanje voda radi korištenja za tehnološke i slične potrebe, 4. zahvaćanje mineralnih, termalnih i termomineralnih voda, osim u slučaju iz točke 8. ovoga stavka, 5. zahvaćanje voda za navodnjavanje za različite namjene, **6. korištenje voda za splavanje, uključujući i korištenje voda za rafting, vožnju kanuima i drugim sličnim plovilima, 7. korištenje voda za postavljanje plutajućih ili plovećih objekata na unutarnjima vodama radi obavljanja ugostiteljske ili druge gospodarske djelatnosti**, 8. zahvaćanje izvorskih, mineralnih i termomineralnih voda radi stavljanja na tržište u izvornom obliku, osim u slučaju iz čl. 89., st. 1. ZOV-a, ili u prerađenom obliku, u bocama ili drugoj ambalaži i 9. korištenje kopnenih voda radi uzgoja riba i drugih vodenih organizama pogodnih za gospodarski uzgoj (čl. 163., st. 1.). O davanju koncesije iz čl. 163., st. 1., toč. 6. mišljenje daje ministarstvo nadležno za turizam te Agencija za vodne putove, ako je mjesto koncesije na unutarnjem vodnom putu (čl. 165., st. 5.). O davanju koncesije iz čl. 163., st. 1., toč. 7. mišljenje daje upravno tijelo jedinice lokalne samouprave nadležno za gospodarstvo te tijelo ili pravna osoba koja upravlja lučkim područjem, ako je mjesto koncesije na lučkom području (čl. 165., st. 6.).
- 65 Vidi Narodne novine, br. 125/08. ZOK je stupio na snagu 1. siječnja 2009. godine, osim odredbi čl. 5., st. 2. koje stupaju na snagu na dan prijama Republike Hrvatske u Europsku uniju (čl. 49.) – o novom zakonu vidi **Dario Đerđa**: *Novi Zakon o koncesijama*, Zbornik radova Nekretnine u pravnom prometu – aktualna pitanja zakonodavstva i sudske prakse – 2008., Zagreb, 2008., str. 209. - 219., **Branko Vukmir**: *Novi Zakon o koncesijama*, Pravo i porezi, Zagreb, br. 12, 2008., str. 3. – 13., **Jadranko Jug**: *Novo pravno uređenje koncesija*, Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić (1928. – 2008.), Zagreb, 2009., str. 635. – 658.,

hrvatskoga koncesijskog prava i njime se uređuju postupci davanja koncesije, prestanak koncesije, pravna zaštita u postupcima davanja i prestanka koncesije, te druga pitanja u vezi s koncesijama (čl. 1., st. 1.). Stoga ZOV određuje da se na sva pitanja koja se odnose na koncesije, a nisu njime uređena, primjenjuje ZOK (čl. 174., st. 1.). Postupak davanja koncesija iz čl. 163., st. 1. ZOV-a provodi Ministarstvo nadležno za vodno gospodarstvo (čl. 174., st. 2.), a odluku o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja donosi davatelj koncesije, a to može biti Hrvatski sabor,⁶⁶ Vlada Republike Hrvatske⁶⁷ ili Ministarstvo nadležno za vodno gospodarstvo⁶⁸ (čl. 175.). Ugovor o koncesiji potpisuje ministar nadležan za vodno gospodarstvo u ime Republike Hrvatske (davatelja koncesije) i odabrani najpovoljniji ponuditelj kao koncesionar (čl. 176., st. 1.).⁶⁹ Podaci o odlukama i ugovorima o koncesijama za gospodarsko korištenje voda upisuju se u očevidnik koncesija za gospodarsko korištenje voda (čl. 137., st. 1.). Vlada Republike Hrvatske obvezana je uredbom propisati uvjete davanja koncesija iz čl. 163., st. 1., a osobito rok na koji se daje koncesija, najniži iznos naknade za koncesiju, te način određivanja iznosa naknade za koncesiju (čl. 170.) i to u roku od 1 godine od dana stupanja na snagu ZOV-a (čl. 246., toč. 12.).⁷⁰

Prema odredbi čl. 8. ZOV-a **vodno dobro**⁷¹ je **dobro od interesa** za Republiku Hrvatsku i ima njezinu osobitu zaštitu (st. 5.), a koristi se na način i pod uvjetima

Olga Jelčić: Postupak *stjecanja koncesije prema Zakonu o koncesijama*, Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić (1928. – 2008.), Zagreb, 2009., str. 659. – 687., **Dragan Medvedović:** *Novo pravno uređenje koncesija*, Zbornik radova 47. susret pravnika, Opatija, 2009., str. 397. – 432.

66 Za koncesiju iz čl. 163., st. 1. toč. 1., snage postrojenja od 20 MW i više (čl. 175., st. 1., toč. 1.).

67 Za koncesiju iz čl. 163., st. 1., toč. 1. snage postrojenja do 20 MW i za koncesije iz čl. 163., st. 1., toč. 4. i 8. (čl. 175., st. 1., toč. 2.).

68 Za koncesiju iz čl. 163., st. 1., toč. 2., 3., 5., 6., 7. i 8. (čl. 175., st. 1. toč. 3.).

69 Međutim, svi ugovori o koncesiji sklopljeni temeljem ZOV-a '95. ostaju na snazi do isteka roka na koji su sklopljeni ugovori o koncesiji (čl. 252., st. 1.). Naime, i taj je Zakon predviđao koncesije na vodama, npr. za uređenje plovnih putova na rijekama i jezerima građenjem umjetnih kanala i drugih građevina za plovidbu (čl. 143., st. 1., toč. 7.), te za građenje riječnih luka i lučkih uređaja (čl. 143., toč. 8.). Za koncesiju su bila potrebna dva akta – odluka o koncesiji (čl. 145., st. 1.) i ugovor o koncesiji (čl. 146.). – više o tome **Dragan Bolanča:** *Pravni režim luka unutarnjih voda otvorenih za javni promet u hrvatskom zakonodavstvu*, Pravo i porezi, Zagreb, br. 10, 2000., str. 18. – 19.

70 Vlada je to učinila donošenjem *Uredbe o uvjetima davanja koncesije za gospodarsko korištenje voda* (Narodne novine, br. 89/10.).

71 Poblize o pravnom statusu vodnog dobra vidi **Brežanski**, *op. cit.*, str. 308. – 311., **Vizjak**, *op. cit.*, str. 116. – 119.

propisanim tim zakonom (st. 6.).⁷² **Javno vodno dobro**⁷³ je javno dobro u općoj uporabi ili u javnoj uporabi⁷⁴ i u vlasništvu je Republike Hrvatske (čl. 11., st. 4.). Ono je neutuđivo (čl. 11., st. 5.). Njega čine iste zemljišne čestice koje čine i vodno dobro, ali uz ispunjenje daljnjih uvjeta.⁷⁵ Vodno dobro i javno vodno dobro je u vlasničkom statusu i to je temeljna razlika u odnosu na vlasnički režim u pravnom statusu voda (vode su opće dobro, ne mogu biti objekt vlasništva i nisu sastavni dio vodnog dobra). Javno vodno dobro može biti isključivo u vlasništvu Republike Hrvatske, dok vodno dobro može biti u vlasništvu drugih pravnih ili fizičkih osoba.⁷⁶ Pri korištenju vodnog dobra i javnog vodnog dobra ne smije se ugroziti njegovo korištenje za namjene iz čl. 9. ZOV-a, jer se osobito mora osigurati zaštita obala, korita vodotoka i drugih voda, uključujući vodne građevine na njima.⁷⁷

72 Vodno dobro čine zemljišne čestice koje obuhvaćaju: 1. vodonosna i napuštena korita površinskih voda, 2. uređeno inundacijsko područje, 3. neuređeno inundacijsko područje, 4. prostor na kojem je izvorište voda iz čl. 88., st. 1. ZOV-a potreban za njegovu fizičku zaštitu i prostor na kojem je izvorište, izdašnosti najmanje 10m³ dnevno, prirodne mineralne, termalne i prirodne izvorske vode potreban za njegovu fizičku zaštitu i 5. otoke koji su nastali ili nastanu u vodonosnom koritu presušivanjem vode, njezinom diobom na više rukavaca, naplavlivanjem zemljišta ili ljudskim djelovanjem (čl. 8., st. 1.). Čl. 109. ZOV-a navodi da **uređeno inundacijsko područje** čini zemljište između korita voda i vanjskog ruba pripadajućih mu regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina, uključujući i pojas zemljišta potreban za njihovo redovito održavanje (st. 1.). **Neuređeno inundacijsko područje** čine: 1. zemljište uz vodotoke, koje je Planom upravljanja vodnim područjima ili dokumentom o uređenju prostora rezervirano za građenje regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina, 2. prirodne i umjetne akumulacije i retencije u granicama utvrđenim Planom upravljanja vodnim područjima ili prostornim planom (st. 2.). Vanjsku granicu uređenog i neuređenog inundacijskog područja utvrđuje Ministarstvo na prijedlog Hrvatskih voda (st. 3.). Granice inundacijskog područja iz st. 1. i 2. ovoga članka ucrtavaju se u katastarske planove i planove prostornog uređenja (st. 4.). Inače, pripadaju li zemljišta iz čl. 8. vodnom dobru, utvrđuje rješenjem Ministarstvo nadležno za vodno gospodarstvo, uz prethodno mišljenje Hrvatskih voda (čl. 10., st. 1.). Hrvatske vode su pravna osoba za upravljanje vodama (čl. 185., st. 2.).

73 Opširnije **Brežanski**, *op. cit.*, str. 311. – 315., **Vizjak**, *op. cit.*, str. 120. – 130.

74 Javno dobro je u javnoj uporabi ako su na njemu izgrađene vodne građevine kao njegova pripadnost i ako je tako određeno aktom vlasnika (čl. 14., st. 2.).

75 Javno vodno dobro čine zemljišne čestice iz čl. 8. ZOV-a koje su do dana stupanja na snagu ZOV-a '95. bile temeljem zakona ili bilo koje druge pravne osnove: opće dobro, javno dobro, javno vodno dobro, vodno dobro, javno dobro – vode, državno vlasništvo, vlasništvo jedinice lokalne samouprave, društveno vlasništvo bez obzira tko je bio nositelj prava korištenja, upravljanja ili raspolaganja, odnosno koje su u zemljišnoj knjizi bile upisane kao: javno dobro, javno vodno dobro, vodno dobro, državno vlasništvo, vlasništvo jedinice lokalne samouprave, društveno vlasništvo s naznakom ili bez naznake nositelja prava korištenja, upravljanja ili raspolaganja, općenarodna imovina, opće dobro i sl. (čl. 11., st. 1.). Javnim vodnim dobrom smatraju se sve do dokaza suprotnog i one zemljišne čestice iz čl. 8. ZOV-a koje do dana stupanja na snagu ZOV-a nisu bile upisane u zemljišnoj knjizi, odnosno koje su bile upisane u zemljišnu knjigu, ali nitko nije naznačen kao njihov vlasnik (čl. 11., st. 2.). Javnim vodnim dobrom postaju i one zemljišne čestice iz čl. 8. ZOV-a koje se izvlaste ili otkupe u korist Republike Hrvatske (čl. 11., st. 4.).

76 Republika Hrvatska ima pravo prvokupa zemljišnih čestica koje čine vodno dobro, a nisu u sustavu javnog vodnog dobra (čl. 19., st. 1.).

77 Vodno dobro služi održavanju i poboljšanju vodnog režima, a osobito je namijenjeno za: 1. građenje i održavanje regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina, 2. održavanje korita i

Kao što je već navedeno, ZPLUV nas upućuje na ZOV u dva slučaja. Prvi se odnosi na građenje lučkih građevina na vodnom dobru i javnom vodnom dobru (čl. 126., st. 2.), a drugi na pravo građenja ili pravo korištenja na vodnom dobru ili javnom vodnom dobru kod obavljanja lučkih djelatnosti u lukama prilikom izdavanja Odobrenja lučke uprave (čl. 151.). ZOV nam govori da su građevine za unutarnju plovidbu⁷⁸ kao posebna vrsta vodnih građevina od interesa za Republiku Hrvatsku, a njihovo građenje i održavanje također je u interesu Republike Hrvatske (čl. 22., st. 2. i st. 3.). Ako je njihov investitor Republika Hrvatska ili lučka uprava, onda su u vlasništvu Republike Hrvatske (čl. 23., st. 5.).⁷⁹ Ako su izgrađene na javnom vodnom dobru njegova su pripadnost sukladno načelu jedinstva nekretnine, osim građevina izgrađenih na temelju prava građenja, dok to pravo traje (čl. 14., st. 1.).⁸⁰ Vlasnici zemljišnih čestica koje pripadaju vodnom dobru, a na kojima se nalaze luke i lučka područja dužni su dopustiti njihovo privremeno korištenje za namjene iz čl. 9. ZOV-a radi održavanja i poboljšanja vodnog režima (čl. 18., st. 1. i st. 2.). Dakle, kopneni dio lučkog područja nalazi se u različitim vlasničkim režimima.⁸¹

9. ZAKLJUČAK

U pogledu vrsta luka unutarnjih voda, ZPLUV iz 2007. godine kao osnovni propis predviđa samo luke otvorene za javni promet koje se prema značaju u lučkom sustavu dijele na one od državnog i županijskog značaja, te na privatne luke. Hrvatske luke unutarnjih voda (rijeke, kanali, jezera) sastoje se od dva dijela: vodenog i kopnenog. Prvi dio je vodeni (lučki akvatorij), jer je svaka takva luka dio vodnog puta (kao dijela unutarnjih voda) koji služi za plovidbu, pristajanje i

obala vodotoka, te održavanje i uređenje inundacijskog područja, 3. građenje i održavanje unutarnjih vodnih putova, 4. provedbu obrane od poplava, 5. korištenje i zaštitu izvorišta voda iz č. 8., st. 1., toč. 4. ZOV-a (čl. 9.).

78 To su objekti sigurnosti plovidbe na unutarnjim vodama i lučke građevine sukladno posebnim propisima o plovidbi i lukama unutarnjih voda (čl. 22., st. 1., toč. 5.).

79 Međutim, ako je investitor tih građevina za unutarnju plovidbu pravna ili fizička osoba, a građevine se grade na zemljištu tih osoba, onda su u vlasništvu tih osoba, ali njima se upravlja sukladno odredbama ZOV-a i posebnih propisa o plovidbi lukama unutarnjih voda (čl. 30.).

80 Na javnom vodnom dobru ne može neka druga osoba, dosjelošću niti na drugi način, steći pravo vlasništva niti drugo stvarno pravo, osim prava služnosti i prava građenja na način uređen čl. 16. ZOV-a (čl. 11., st. 6.). Pravne i fizičke osobe mogu na dijelu javnoga vodnoga dobra ostvariti prava najma, zakupa, služnosti i građenja radi ostvarenja svojih gospodarskih, odnosno osobnih potreba, samo ako to pravo neće utjecati na ostvarivanje namjena iz čl. 9. ZOV-a o čemu mišljenje daju Hrvatske vode (čl. 16., st. 1.).

81 O problemima pravnog statusa zemljišta unutar lučkog područja vidi **Aleksandra Vasilj – Sanja Zagrajski - Biljana Činčurak: Luke unutarnjih voda i pravni status zemljišta unutar lučkog područja – nedorečenost zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda**, Pravni vjesnik, Osijek, br. 2, 2008., str. 21. – 47. Isti je problem postojao i u odredbama ZLUV-a '98. (**Goran Vojković: Problem privatnog vlasništva na zemljištu unutar lučkog područja luka unutarnjih voda**, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 3-4, 2003., str. 349. – 357.

sidrenje. Drugi dio je kopneni (lučko područje) kao dio obale neposredno uz vodeni dio, na kojem se obavljaju lučke djelatnosti (lučke usluge i ostale gospodarske djelatnosti). Na lučkom području nalaze se i lučke građevine (lučka infrastruktura i suprastruktura) koje služe za obavljanje lučkih djelatnosti. Lučki korisnik smije obavljati lučke djelatnosti i koristiti lučke objekte samo na temelju odobrenja kao upravnog akta kojeg donosi lučka uprava, odnosno na temelju ugovora potpisanog s lučkom upravom.

Na lučki akvatorij i lučko područje primjenjuje se i ZOV iz 2009. godine. Taj zakon razlikuje vode kao dio prirode odvajajući ga od zemljišnih čestica koje čine korito i obalu. Vode u rijekama i jezerima (uključujući vodeni dio luka unutarnjih voda) su opće dobro (nisu u vlasničkom režimu), ali se mogu gospodarski koristiti na temelju koncesije. Obala uz vodeni dio (kopneni dio lučkog područja) koju čine zemljište i građevine nalazi se u različitim vlasničkim režimima: u vlasništvu Republike Hrvatske (ako je u pitanju javno vodno dobro) ili u vlasništvu drugih pravnih i fizičkih osoba (ako se radi o vodnom dobru).

Vidljivo je da se propisi koji se neposredno ili posredno primjenjuju na luke unutarnjih voda, nisu međusobno usklađeni i postoje određene manjkavosti u njihovu sadržaju koje značajno utječu na pravni status luka unutarnjih voda, pa bi *pro futuro* neka rješenja trebalo poboljšati.

Zakonodavac nije još donio novu uredbu o uvjetima kojima trebaju udovoljavati navedene luke, mjerilima za njihovo razvrstavanje i uvjetima za sigurnost plovidbe. Stari se podzakonski akt može analogno primjenjivati samo djelomično, jer ZPLUV u pogledu vrsta luka ukida luke posebne namjene, a uvodi privatne luke. Nadalje, ZPLUV više ne poznaje kruti model koncesija na temelju kojega su lučki operateri obavljali lučke djelatnosti na lučkom području, već uvodi fleksibilniji sustav odobrenja. Međutim, unatoč toj promjeni pravnog okvira, veliki broj lučkih djelatnosti u hrvatskim lukama unutarnje plovidbe i nadalje će se obavljati temeljem koncesija. Naime, ZPLUV dopušta da postojeći koncesionari imaju pravo obavljanja lučkih djelatnosti do isteka postojećih ugovora o koncesijama, koji će biti na snazi narednih 10 do 15 godina. Napominjemo da ni bivši sustav koncesioniranja kopnenog dijela luka, a ni sadašnji sustav odobrenja nije u skladu s novim općim zakonom hrvatskoga koncesijskog prava – ZOK-om iz 2008. godine. S druge strane, ZOV propisuje da se vodeni dio luka može gospodarski koristiti sukladno ZOK-u. Dakle, neophodno je unificirati način korištenja kopnenog i vodenog dijela cijele luke prema rješenjima jednoga zakona (ZOK). Konačno, postojeći različiti pravni status zemljišta unutar luka unutarnjih voda *de lege ferenda* treba promijeniti na način da cijelo lučko područje predstavlja javno vodno dobro u vlasništvu Republike Hrvatske, te da ulazi u pravni režim javnog dobra u općoj uporabi. Takvo bi rješenje postiglo svrhu kvalitetnijeg obavljanja lučkih djelatnosti i omogućilo razvoj luka unutarnjih voda sukladno razvojnim planovima.

Summary

THE LEGAL STATUS OF PORTS IN INTERNAL WATERS IN THE REPUBLIC OF CROATIA

In this article author describes the legal status of ports in internal waters in the Republic of Croatia. First he analyses the provisions of Navigation and Ports in Internal Waters Act (2007) concerning the questions of division of ports, land of port, port object, port authority, port activities and concessions. Second he deals with some relevant legal solutions of Waters Act (2009) including water, water domain and public water domain.

Key words: *port, internal waters, water domain, public water domain.*

Zusammenfassung

RECHTSSTATUS VON HÄFEN DER INNEREN GEWÄSSER IN DER REPUBLIK KROATIEN

In dieser Arbeit beschreibt der Autor den Rechtsstatus von Häfen der inneren Gewässer in der Republik Kroatien. Zuerst analysiert er die Bestimmungen des Gesetzes über die Schifffahrt und die Häfen der inneren Gewässer aus dem Jahr 2007 in Bezug auf die Aufteilung von Häfen der inneren Gewässer, die Hafenanlagen, die Hafenbehörde, die Hafentätigkeiten und –konzessionen. Weiterhin beschäftigt er sich mit relevanten Beschlüssen des Gesetzes über die Gewässer aus dem Jahr 2010 in Bezug auf die Gewässer, das Wassergut und das öffentliche Wassergut.

Schlüsselwörter: *Häfen, innere Gewässer, Wassergut, öffentliches Wassergut.*

RIASSUNTO

LO STATO GIURIDICO DEI PORTI DELLE ACQUE INTERNE NELLA REPUBBLICA DI CROAZIA

In questo contributo l'autore descrive lo stato giuridico dei porti delle acque interne nella Repubblica di Croazia. In primo luogo analizza le disposizioni della legge sulla navigazione e sui porti delle acque interne del 2007 rispetto alla ripartizione dei porti delle acque interne, alla zona portuale, agli edifici portuali, all'amministrazione portuale, alle attività portuali ed alle concessioni. Successivamente si occupa di alcune rilevanti soluzioni prospettate dalla legge sulle acque del 2010 con riferimento alle acque, al demanio idrico ed ai beni idrici pubblici.

***Parole chiave:** porti, acque interne, demanio idrico, bene idrico pubblico.*

ODREĐIVANJE MJESNE NADLEŽNOSTI OD STRANE VIŠEG SUDA U PARNIČNOM POSTUPKU

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

UDK: 347.91/.95
Ur: 9. veljače 2012.
Pr.: 6. ožujka 2012.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Nadležnost se, u pravilu, određuje na temelju zakona, čime se jamči i osigurava zakonitost i pravna sigurnost. Međutim, postoje slučajevi kod kojih nadležnost nije određena neposredno zakonom, nego zakon dopušta višim sudovima ili samim strankama da odrede koji će stvarno nadležni sud biti mjesno nadležan za rješavanje konkretnog spora. Autor u radu ukazuje na pravne mogućnosti prenošenja nadležnosti sa suda koji je po zakonu nadležan na drugi sud, a posebnu pozornost posvećuje načinima određivanja mjesne nadležnosti višeg suda – nužnoj i svrsishodnoj delegaciji te ordinaciji nadležnosti.

Ključne riječi: delegacija nadležnosti, ordinacija nadležnosti.

I. UVOD

1. Nadležnost je pravo i dužnost parničnog suda da riješi konkretan građanskopravni spor ili da poduzme određenu radnju u postupku. Nadležnost suda koji postupa predstavlja pozitivnu procesnu pretpostavku za donošenje odluke o osnovanosti tužbenog zahtjeva, te nije dopušteno da u određenom sporu sudi sud koji nije nadležan. Pravila o nadležnosti su *ius cogens*.

Nadležnost se, u pravilu, određuje na temelju zakona, čime se jamči i osigurava zakonitost i pravna sigurnost, jer je svakome zajamčeno da će mu suditi nadležni sud. To se u načelu odnosi na pravila o sudskoj i stvarnoj nadležnosti koja su neposredno određena zakonom. Ipak, od ovoga pravila postoje iznimke u odnosu na pravila o mjesnoj nadležnosti, kada je zbog normalnog funkcioniranja pravosuđa i razloga svrsishodnosti potrebno da se nadležnost utvrdi drukčije negoli što to predviđa zakon.¹ Tako postoje slučajevi kod kojih sudska nadležnost nije određena neposredno zakonom, nego zakon dopušta višim sudovima (*forum iudiciale*, *forum*

¹ Tako KAMHI, S., *Građanski sudski postupak*, Sarajevo, 1961., str. 292.

delegatum) ili samim strankama (*forum prorogatum, forum electivum*) da odrede koji će stvarno nadležni sud biti mjesno nadležan za rješavanje konkretnog spora. Naime, dok je stvarna nadležnost u pravilu određena u općem interesu, mjesna nadležnost je određena u pravilu u interesu stranaka, kako bi se parničarima smanjili troškovi i gubitak vremena, i to opća mjesna nadležnost u interesu tuženika, u cilju da mu se olakša obrana, a posebna, odnosno izberiva mjesna nadležnost prvenstveno u interesu tužitelja.^{2,3}

2. Mjesna nadležnost (njem. *oertliche Zustandigkeit*) jest nadležnost nekog stvarno nadležnog suda da odlučuje u određenom predmetu (*competentia ratione loci*). Mjesna nadležnost jednog suda određuje se prema vezi koja postoji između sudskog područja s jedne strane i parničnih stranaka (subjektivni kriterij) i predmeta parnice (objektivni kriterij), s druge.

Pravila o (općoj) mjesnoj nadležnosti mogu se u konkretnom slučaju mijenjati odlukom višeg suda (delegacija nadležnosti, *forum delegationis*), koja predstavlja prenošenje nadležnosti sa suda koji je po zakonu nadležan na drugi sud odlukom funkcionalno višeg suda. U takvom slučaju sud, čija će nadležnost biti određena, neće je izvoditi izravno iz zakona nego je temelji na odluci nadređenog suda. Ipak, i u tim slučajevima (kao i u slučaju ordinacije) sudi sud čija je nadležnost na određeni način utvrđena i zakonom, jer viši sudovi svoje ovlasti da delegiraju, odnosno ordiniraju mjesnu nadležnost, temelje na zakonu.⁴ Delegacijom nadležnosti derogira se u konkretnom slučaju zakonsko pravilo o mjesnoj nadležnosti koje je trebalo biti primijenjeno u konkretnom slučaju.

Delegacija je dopuštena samo između sudova iste vrste i iste stvarne nadležnosti. Delegirati se može samo mjesna nadležnost, jer se stvarna nadležnost ne može prenositi ni po kojoj osnovi. Delegacija je moguća samo u odnosu na pojedinačno određeni slučaj, a ne i na neodređeni broj slučajeva i može se tražiti samo dok postupak još traje.⁵ Pravomoćno rješenje o delegaciji ima procesni učinak

2 Vidi ČIZMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2009., str. 104.-106.; ZUGLIA, S. – TRIVA, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Zagreb, 957., str. 146.

3 Upravo kod izberive mjesne nadležnosti sam zakonodavac dopušta mogućnost strankama, u pravilu tužitelju, da izaberu mjesno nadležni sud (*forum electivum*) na način da mogu birati da im sudi ili sud koji je nadležan po pravilima o općoj mjesnoj nadležnosti, ili neki drugi stvarno nadležni sud koji im je zakonodavac unaprijed alternativno ponudio. U nekim slučajevima zakonodavac je strankama ostavio mogućnost izbora mjesno nadležnog suda između više sudova. Osim zaštite interesa tužitelja, zakonodavac je predvidio ovu mogućnost i radi dodatne zaštite posebnih društvenih interesa ili lakšeg ostvarivanja i zaštite (ugroženih ili povrijeđenih) prava nekih društvenih skupina koje inače uživaju posebnu zaštitu (primjerice, maloljetnika ili slabije ugovorne strane poput radnika i potrošača).

4 Tako DIKA, M., *Određivanje mjesne nadležnosti od strane više suda u pojedinim parničnim predmetima*, Pravo i porezi, god. XIV, 2005., broj 7, str. 7.

5 Vidi odluku VSH, R-103/83, PNZ 24/84-129. Napominjemo da se u radu pozivamo na sudsku praksu i stajališta pravne teorije utemeljenih na odredbama parničnih postupnika bivše Jugoslavije iz 1957. i 1977. godine i preuzetog ZPP-a bivše SFR Jugoslavije koji se, uz značajnije noveliranje, u Republici Hrvatskoj primjenjuje kao važeći zakon, i to tamo gdje su te odredbe sukladne važećim odredbama ZPP-a. U tom smislu citirali smo i sudsku praksu

da se njime zasniva nadležnost delegiranog suda, a prestaje nadležnost suda pred kojim je parnični postupak pokrenut.

Delegacija može biti nužna i svrsishodna. Drugim riječima, do delegacije dolazi kada sud koji je po zakonu mjesno nadležan ne može postupati u konkretnom predmetu (nužna delegacija) ili kada nije svrsishodno da postupa u tom predmetu (svrsishodna delegacija), o čemu će se detaljnije pisati u nastavku rada.

II. NUŽNA DELEGACIJA

Institut, tzv. **nužne delegacije mjesne nadležnosti** uređen je odredbama čl. 67. Zakona o parničnom postupku,⁶ prema kojima ako nadležni sud zbog izuzeća suca ili iz drugih razloga ne može postupati,⁷ dužan je o tomu obavijestiti neposredno viši sud, koji treba odrediti da u tom predmetu postupa drugi stvarno nadležni sud s njegova područja.

Odredbama ovoga članka rješavaju se slučajevi kada je nadležni sud spriječen postupati iz pravnih razloga - zbog izuzeća (jedinoga) suca, odnosno svih sudaca toga suda, kao i onda kada ne može postupati u konkretnom predmetu iz drugih razloga. Do ove vrste delegacije dolazi iz nužnosti jer mjesno nadležni sud ne može postupati u konkretnom sporu.

Prvo, moguće je da nadležni sud ne može postupati zbog izuzeća suca (u tom slučaju nužno je osigurati ostvarenje jednog od vrhovnih načela u obavljanju sudske funkcije – sudačke nepristranosti), a to se u pravilu događa u sudovima koji imaju manji broj sudaca ili samo jednog suca. Tada je sud dužan o tomu obavijestiti

susjednih zemalja i zbog činjenice da su njihovi postupnici i sudska praksa utemeljeni na istom izvoru kao i sudska praksa i zakoni Republike Hrvatske i zbog činjenice da su izmjene koje su nastale u njihovim parničnim postupnicima u velikoj mjeri slične s rješenjima iz noveliranog ZPP-a. Tamo gdje se pojavljuju različita rješenja, mogu biti korisna podloga za eventualna promišljanja *de lege ferenda*.

6 „Narodne novine“, broj 26/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 96/08, 84/08, 123/08, 57/11, u daljnjem tekstu – **ZPP**.

7 Člankom 31. Zakona o izmjenama i dopunama ZPP-a („Narodne novine“ 117/03. – stupio na snagu 1. prosinca 2003.) članak 67. ZPP-a djelomično je dopunjen da su iza riječi „suca“, dodane riječi „ili iz drugih razloga“, pa je time tzv. nužna delegacija postala moguća ne samo ako nadležni sud ne može postupati zbog izuzeća, nego i zbog drugih razloga. Treba napomenuti da je u (starijoj) procesno-pravnoj teoriji, a i u praksi, prevladavalo stajalište da se nužna delegacija može odrediti samo onda ako je sud spriječen u rješavanju nekog predmeta zbog izuzeća (jedinog ili svih) sudaca, a ne i kad je spriječen u rješavanju konkretnog predmeta iz drugih razloga. Primjerice, zbog bolesti sudaca, premještaja, godišnjih odmora i sl., jer se smatralo da je sud u takvom slučaju podjednako spriječen u rješavanju svih predmeta, pa bi sve njegove funkcije trebalo prenijeti na neki drugi stvarno nadležni sud, čime bi se taj drugi sud nepotrebno opteretio predmetima zbog kojih ne bi mogao djelovati. U slučaju postojanja takvih drugih razloga zbog kojih sud ne bi mogao postupati, smatralo se da treba poslati drugog suca kao zamjenu spriječenog, odnosno spriječenih sudaca, a ako i to ne bi bilo moguće, onda bi u pogledu nekih posebno hitnih predmeta trebalo odrediti delegaciju, ali svrsishodnu. ZUGLIA, S., *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957., str. 190.

neposredno viši sud, koji treba odrediti da u tom predmetu postupaju drugi stvarno nadležni sud s njegova područja.⁸ Neposredno viši sud bi se pri tomu trebao voditi načelom ekonomičnosti, tj. trebao bi odrediti sud koji će, s obzirom na prebivalište, odnosno boravište stranaka i mjesto gdje se nalaze predloženi dokazi, najbrže i sa što manje troškova riješiti spor. Iz razloga procesne ekonomije u ovakvim slučajevima uobičajeno je da se odredi najbliži sud da bi se postupak proveo sa što manje troškova.⁹

Prema stajalištu sudske prakse, vezano uz izuzeće sudaca, „zahtjev stranke za izuzeće svih sudaca i predsjednika nadležnog suda smatra se prijedlogom za delegiranje drugog stvarno nadležnog suda. Naime, tu se ne radi o zahtjevu za izuzeće u smislu odredaba FZPP-a o izuzeću sudaca, jer se ne može tražiti izuzeće svih sudaca i predsjednika suda, već poimenično onog suca ili onih sudaca koji odlučuju u konkretnom predmetu”.¹⁰ „Opravdana sumnja u nepristranost suca koji sudjeluje u suđenju je razlog za izuzeće, a ne za delegaciju suda koja bi se mogla tražiti tek ako bi bili izuzeti svi suci nadležnog suda”.¹¹ „Okolnost što je stranku u postupku ranije zastupao sadašnji predsjednik suda, nije razlog za prenošenje mjesne nadležnosti na drugi stvarno nadležni sud”.¹² „Ne može biti razlog za delegiranje drugog stvarno nadležnog suda sumnja parnične stranke u nepristranost pojedinog suca ili svih sudaca mjesno nadležnog suda”.¹³ „Ako postoji sumnja da sudac svjesno griješi u korist ili na štetu parnične stranke, to je razlog za izuzeće, a ne za određivanje da u predmetu postupaju drugi stvarno nadležni sud”.¹⁴

Drugo, i kada nadležni sud ne može postupati „iz drugih razloga“ (primjerice, zbog elementarnih nepogoda, epidemije i sl.),¹⁵ dužan je o tomu obavijestiti neposredno viši sud, koji treba odrediti da u tom predmetu postupaju drugi stvarno nadležni sud s njegova područja. Razlozi za delegiranje drugog suda moraju biti od

8 Vidi odluku VTSH, Pž- 2588/96. od 17. prosinca 1996. godine, objavljena kod DIKA, M. - ČIZMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2009., dalje – **DIKA-ČIZMIĆ**, str. 132.

9 Usp. ZEČEVIĆ, E., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Sarajevo, 2004., dalje – **ZEČEVIĆ**, str. 56.

10 U tom je smislu odluka VSH, Gr-38/92. od 28. travnja 1992. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.

11 Vidi odluku VS BiH, broj: R. 314/86, od 9. 1. 1987. godine – objavljeno u „Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda BiH“, broj 1/87.

12 Tako i u odluci VS BiH, R. 200/90, od 28. 9. 1990. godine – objavljeno u „Biltenu Vrhovnog suda BiH“, broj 1/91.

13 U tom je smislu odluka VS BiH, broj R. 180/87, od 22. 7. 1987. godine – objavljeno u „Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda BiH“, broj 4/87.

14 Vidi odluku VS BiH, broj R. 204/88, od 21. 6. 1988. godine, tako i R. 203/88, od 21. 6. 1988. godine – objavljeno u „Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda BiH“, broj 4/88.

15 U starijoj procesno-pravnoj teoriji postojalo je mišljenje da nužna delegacija nije dopuštena ako je sud spriječen rješavati predmet zbog nekih drugih razloga, a ne zbog izuzeća svojih sudaca, jer se ti drugi razlozi u pravilu ne tiču samo određenog predmeta, nego svih parnica koje vodi spriječeni sudac. U takvoj bi se situaciji samo neki hitni sporovi mogli svrsishodnom delegacijom prenijeti pred drugi sud. ZUGLIA, S. – TRIVA, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Zagreb, 1957., str. 146.

iznimnog značaja, jer samo takvi opravdavaju odstupanje od Ustavom i zakonima razgraničene (teritorijalne) nadležnosti sudova.¹⁶

Žalba na rješenje o delegaciji mjesne nadležnosti drugog suda nije dopuštena, jer sud koji traži da se odredi delegacija ne donosi tu odluku, a sud koji o tomu odlučuje je i inače viši sud.¹⁷ Kako odluka o delegaciji nadležnosti nije sudska parnična radnja, već akt sudske uprave, drži se da protiv nje nije dopuštena posebna žalba. Usto, u parničnom postupku žalba je dopuštena samo protiv odluka prvostupanjskog suda, a rješenje o delegaciji donosi neposredno viši ili najviši sud određene vrste.¹⁸

III. SVRSISHODNA DELEGACIJA

1. Odredbama članka 68. ZPP-a uređen je institut, **tzv. svrsishodne/svrhovite delegacije** nadležnosti, odnosno predviđena je delegacija drugog stvarno nadležnog suda koja se određuje zbog svrsishodnosti vođenja postupka pred drugim sudom.

Svrsishodna delegacija motivirana je razlozima oportuniteta – povećanjem procesne učinkovitosti, ostvarivanjem procesne ekonomije, potrebom da se izbjegnu incidenti koji bi mogli ugroziti javni red i mir pa i nastojanjem da se izbjegne moguća kolizija interesa sudaca, odnosno da se osigura viša razina objektivnosti u suđenju i sl.¹⁹

2. Nadležni sud prvog stupnja može sam ili na prijedlog stranke zatražiti od najvišeg suda određene vrste odrediti da u pojedinom predmetu postupaju drugi stvarno nadležni sud s njegova područja, ako je očito da će se tako lakše provesti postupak, ili ako za to postoje drugi važni razlozi (ZPP, čl. 68. st. 1.).²⁰

Prijedlog za svrsishodnu delegaciju ne može podnijeti osoba koja nije stranka u postupku.²¹ Do svrsishodne delegacije ne može doći prije nego što je pokrenut

16 Vidi odluku VS FBiH, R-15/00. od 27. 3. 2000.

17 Usp. KEĆA, R. – STAROVIĆ, B., *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 2004., str. 91.

18 Tako TRIVA, S. – DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., dalje – **TRIVA-DIKA**, str. 280. Protiv rješenja Vrhovnog suda kojim je odlučeno o prijedlogu za delegaciju, žalba nije dopuštena (VSH, Gr- 140/99. od 22. prosinca 1999., IO 1/00-175).

19 Tako DIKA, M., *Nadležnost sudova u parničnom postupku*, rad u zborniku „Novote u parničnom postupku“, Zagreb, 2003., str. 79.

20 S obzirom na činjenicu da „drugi (važni) razlozi“ mogu biti osnovom i za svrsishodnu delegaciju (v. ZPP, čl. 68. st. 1.) i za nužnu delegaciju (v. ZPP, čl. 67.), postavlja se pitanje gdje je tu crta razgraničenja. U pravilu bi „drugim važnim razlozima“ na kojima se temelji nužna delegacija, trebalo smatrati one koji dovode do nemogućnosti postupanja suda koji je mjesno nadležan prema zakonu (iako bi se po svojoj prirodi mogli smatrati i važnim razlozima zbog kojih bi se mogla odrediti svrsishodna delegacija, trebalo bi odrediti nužnu delegaciju). Ipak, i u slučajevima u kojima sud zbog određenih razloga ne bi mogao postupati, moglo bi se, iznimno, pribjeći svrsishodnoj delegaciji onda ako se pokaže da bi bilo oportuno mjesnu nadležnost prenijeti i na sud koji se ne nalazi na području neposredno višeg suda. DIKA, M., *Određivanje mjesne nadležnosti od strane višeg suda u pojedinim parničnim predmetima*, Pravo i porezi, god. XIV, 2005., broj 7, str. 10.

21 U tom je smislu odluka VSH, Gr- 364/89. od 23. siječnja 1990., PSP 47/129.

parnični postupak,²² odnosno stranka može predložiti svrhovitu delegaciju tek nakon podnošenja tužbe,²³ ali delegacija se može tražiti samo dok postupak još traje.²⁴ Nakon što je tužba povučena, više se ne može tražiti delegacija drugog suda.²⁵

ZPP ne određuje do kojeg se trenutka u postupku može postaviti prijedlog za svrsishodnu delegaciju pa bi se moglo uzeti u obzir da se ovaj prijedlog može postaviti tijekom cijelog (prvostupanjskog) postupka do zaključenja glavne rasprave. Svakako bi bilo poželjno da se delegacija odredi što ranije tijekom postupka. Nakon što je parnični postupak pravomoćno završen, ne može se zahtijevati svrsishodna delegacija. U takvom slučaju sud treba odbaciti prijedlog za delegaciju.²⁶

ZPP također ne određuje treba li sud zastati s postupkom ako je stavljen prijedlog za delegaciju. Prema stajalištu sudske prakse, "kad stranka stavi prijedlog za svrsishodnu delegaciju, sud nije dužan prekinuti rad na predmetu niti prekinuti postupak".²⁷ Drži se da bi sud o tomu trebao odlučiti s obzirom na okolnosti slučaja, a pri tomu bi posebno trebao voditi računa radi li se o prijedlogu stranke koji ima za cilj odugovlačenje postupka,²⁸ želi li se tim prijedlogom zapravo zaobići institut izuzeća sudaca i sl.

Pravni standard „lakše provesti postupak“ trebalo bi shvatiti u smislu jednostavnije, brže, jeftinije, pa i učinkovitije.²⁹ „Lakše će se provesti postupak“ pred nekim drugim sudom ako se, primjerice, tamo nalaze stranke, svjedoci, predmeti očevida i sl.

Kao primjer „drugih važnih razloga za određivanje svrhovite delegacije u procesno-pravnoj teoriji se navodi razlog javnog reda, javnog mijenja, odnosno kada zbog prirode spora postoji opasnost da bi lokalni interesi ili shvaćanja sredine mogli utjecati na objektivnost suda",³⁰ ako bi to za stranke bilo manje tegobno (posebno zbog troškova postupka), kada je, načelno govoreći, potrebno zaštititi dignitet suda,

22 Vidi odluku VSH, Gr- 1034/01. od 27. prosinca 2001., IO 2/02-161. "Kao nedopušten treba odbaciti prijedlog za delegaciju drugog drugostupanjskog suda podnesen u vrijeme dok se postupak još vodi pred prvostupanjskim sudom, jer se za postupanje u pojedinom predmetu može odrediti drugi stvarno nadležni sud samo ako je postupak pred tim sudom pokrenut, odnosno ako traje postupak pred sudom čija se delegacija traži" (VSH, Gr- 87/99. od 28. travnja 1999. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.

23 U tom je smislu odluka VSH, R-174/72, PNZ 2/73-29.

24 Tako i VSH u odluci R-103/83, PNZ 24/84-129.

25 Vidi odluku VSH, Gr- 133/04. od 7. travnja 2004., IO 1/04-263.

26 U tom je smislu odluka VSH, Gr- 479/97. od 6. rujna 2000., IO 2/00-125. "Kad tužitelj prije donošenja prvostupanjske presude brzojavno predloži svrhovitu delegaciju, a sud propusti pričekati odluku o tom prijedlogu, sud čini bitnu povredu odredaba ZPP-a samo ako se ocijeni da je taj propust utjecao ili mogao utjecati na donošenje zakonite i pravilne odluke, što je potrebno u svakom konkretnom slučaju ispitati" (VSH, Gž- 89/92. od 1. ožujka 1982. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

27 Vidi odluku VSH, Rev- 1182/85. od 20. siječnja 1987. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.

28 Usp. POZNIĆ-VRAŽALIĆ-BAČIĆ, str. 57.

29 Tako DIKA, M., *Određivanje mjesne nadležnosti od strane višeg suda u pojedinim parničnim predmetima*, Pravo i porezi, god. XIV, 2005., broj 7, str. 9.

30 Vidi JANKOVIĆ, str. 100. i ZUGLIA, S. – TRIVA, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Zagreb, 957., str. 146.

osigurati preduvjete za djelotvorno vođenje postupka i sl.³¹ Kod utvrđivanja „drugih važnih razloga“ sud bi se trebao zadržati na razini vjerojatnosti.

3. O prijedlogu stranke da najviši sud određene vrste odredi da u konkretnom predmetu postupaju drugi stvarno nadležni sud s njegova područja, odlučuje prvostupanjski sud rješenjem protiv kojeg žalba nije dopuštena (ZPP, čl. 68. st. 2.).

Prije donošenja odluke prvostupanjski sud bi mogao prikupljati potrebne podatke za donošenje odluke ili zatražiti izjavu protivne stranke, ako smatra da je to potrebno za donošenje odluke.

Stranka se ne bi mogla žaliti protiv rješenja kojim se odbija njezin prijedlog za svrsishodnu delegaciju, jer ona nema pravo na prenošenje nadležnosti na drugi sud niti se taj akt poduzima u njezinu interesu.³² Stranka kojoj je jednom odbijen prijedlog za svrsishodnu delegaciju, ne bi imala pravo ponovno podnijeti isti prijedlog.³³ Kad stranka ponovi svoj prijedlog za delegaciju drugog suda temeljeći ga na istim okolnostima na kojima je temeljila svoj već odbijeni prijedlog sud treba odbaciti novi prijedlog za delegaciju.³⁴

4. O zahtjevu prvostupanjskog suda da najviši sud određene vrste odredi da u konkretnom predmetu postupaju drugi stvarno nadležni sud s njegova područja, odlučuje sudac pojedinac najvišeg suda određene vrste (ZPP, čl. 68. st. 3.). Bio bi nedopušten prijedlog da se odredi da umjesto najvišeg suda određene vrste (Vrhovnog suda), sudi drugi sud.³⁵

Dakle, za svrsishodnu delegaciju prvostupanjskog suda funkcionalno je nadležan najviši sud određene vrste u Republici Hrvatskoj, što pridonosi oblikovanju jedinstvenih kriterija u tumačenju zakonskog standarda.³⁶ Drugim riječima, funkcionalna nadležnost za svrsishodnu delegaciju prvostupanjskih trgovačkih sudova pripada Visokom trgovačkom sudu, a za općinske sudove Vrhovnom sudu Republike Hrvatske, dok o svrsishodnoj delegaciji drugostupanjskih, županijskih sudova, uvijek odlučuje Vrhovni sud Republike Hrvatske.³⁷

Prijedlog „najvišem sudu određene vrste“ trebao bi podnijeti sudac prvostupanjskog suda koji vodi postupak, jer je to radnja u sklopu konkretnog postupka koji se može provesti, a ne radnja izvan postupka koji se ne može provesti kao što je to slučaj kod nužne delegacije.³⁸ Okolnost da je stranka odustala od svoga prijedloga

31 Usp. SESSA, Đ., *Svrsishodna delegacija u parničnom postupku*, Informator, broj 5108. od 19. veljače 2003., str. 3.

32 Tako POZNIĆ, B. – RAKIĆ VODINELIĆ, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd 2010.

33 Postoji mišljenje da bi se u takvoj situaciji radilo o zlouporabi procesnih ovlaštenja i nastojanju stranke za nepotrebnim odugovlačenjem postupka, te da bi u tom slučaju sudac prvostupanjskog suda pred kojim se vodi postupak treba odbaciti takav prijedlog. STANKOVIĆ, G., *Građansko procesno pravo – prva sveska – Parnično procesno pravo*, Niš, 2007., str. 120.

34 U tom je smislu odluka VSH, Gr- 262/02. od 13. ožujka 2002., IO 2/02-164.

35 Tako i u odluci VSH, Gr- 544/97. od 7. siječnja 1998., IO 1/1998-147.

36 Usp. TRIVA, S. – DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 283.

37 Vidi TRIVA, S. – DIKA, M., *Zakon o parničnom postupku – Zakon o arbitraži*, XXIII. izd, Narodne novine, Zagreb, 2011., str. 54.-56.

38 Usp. DIKA, M., *Određivanje mjesne nadležnosti od strane višeg suda u pojedinim parničnim predmetima*, Pravo i porezi, god. XIV, 2005., broj 7, str. 11.

za delegaciju, Vrhovni sud utvrđuje rješenjem.³⁹

Da bi sud koji odlučuje o delegaciji mogao ocijeniti ove razloge, u predmetu moraju postojati svi potrebni podatci za donošenje odluke.

Protiv rješenja Vrhovnog suda kojim je odlučeno o prijedlogu za delegaciju, žalba nije dopuštena.⁴⁰ Usto, u parničnom postupku žalba je dopuštena samo protiv odluka prvostupanjskog suda, a rješenje o delegaciji donosi neposredno viši ili najviši sud određene vrste.⁴¹

5. Odredbom čl. 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku („Narodne novine“, broj 57/11., stupio na snagu 2. lipnja 2011., dalje – **ZIDZPP/2011**) izmijenjene su odredbe čl. 68. ZPP-a tako da je dodan novi stavak 4. kojim se propisuje da nadležni drugostupanjski sud može sam ili povodom prijedloga stranke zatražiti od Vrhovnog suda Republike Hrvatske da odredi da u pojedinom predmetu postupa drugi stvarno nadležan sud, ako je očito da će se tako lakše provesti postupak, ili ako za to postoje drugi važni razlozi. Time što je izrijekom propisana mogućnost svrsishodne delegacije funkcionalne nadležnosti drugostupanjskih sudova, otklonjene su dvojbe u praksi koje se tiču mogućnosti, tzv. svrhovite delegacije drugostupanjskih sudova.⁴²

Naime, odredbama čl. 68. ZPP-a bilo je uređeno samo iniciranje odlučivanja i odlučivanje o svrsishodnoj delegaciji prvostupanjskih sudova. Međutim, u praksi se javljala potreba i za takvom delegacijom županijskih sudova, što se obično rješavalo odgovarajućom primjenom odredaba o svrsishodnoj delegaciji prvostupanjskih sudova. Upravo stoga je ZIDZPP-om izrijekom uređena i predviđena ta mogućnost, kako bi se otklonile moguće dvojbe o postojanju takve mogućnosti kao i o postupku po kojem bi se provodila.⁴³

O prijedlogu stranke da nadležni drugostupanjski sud zatraži od Vrhovnog suda Republike Hrvatske odrediti da u pojedinom predmetu postupa drugi stvarno nadležan sud s njegova područja, nadležni drugostupanjski sud treba odlučiti rješenjem protiv kojeg žalba nije dopuštena (arg. ZIDZPP/2011, čl. 3. u svezi s čl. 68. st. 2. ZPP-a). O zahtjevu nadležnog drugostupanjskog suda da u pojedinom predmetu postupa drugi stvarno nadležan, odlučuje sudac pojedinac vrhovnog suda (arg. ZIDZPP/2011, čl. 3. u svezi s čl. 68. st. 3. ZPP-a).

5.1. O tomu kada je “očito da će se tako lakše provesti postupak ili kada za to postoje drugi važni razlozi”, odnosno kada postoje **opravdani razlozi za određivanje svrsishodne delegacije**, postoji i sljedeća bogata sudska praksa:

- Nadležni sud prvog stupnja može sam ili na prijedlog stranke, zatražiti od najvišeg suda određene vrste da odredi da u pojedinom predmetu postupa drugi

39 Tako VSH u odluci Gr- 286/99. od 8. rujna 1999., IO- 1/00-146.

40 Vidi odluku VSH, Gr- 140/99. od 22. prosinca 1999., IO 1/00-175.

41 Usp. TRIVA-DIKA, str. 280.

42 Vidi *Obrazloženje odredaba konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku*, uz čl. 3., Zagreb, travanj 2011.

43 Tako DIKA, M., *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011. – opći pregled*, rad u zborniku „Novela zakona o parničnom postupku iz 2011.“, Zagreb, 2011., str. 22.

stvarno nadležni sud s njegovog područja ako je očito da će se tako lakše provesti postupak ili ako za to postoje drugi važni razlozi (VSH, Gr1- 241/08-2 od 8. srpnja 2008., Informator broj 5701 od 25. listopada 2008.).

- Okolnost da je drugostupanjski sud, koji bi trebao u ovršnom predmetu odlučivati o žalbi protiv prvostupanjskog rješenja, ovršenik u tom predmetu, važan je razlog koji opravdava delegaciju drugog drugostupanjskog suda (VSH, Gr1-121/2007-2 od 30. srpnja 2007., Informator, broj 5655 od 17. svibnja 2008.).

- Okolnost da je drugostupanjski sud stranka u postupku, važan je razlog koji opravdava da se za odlučivanje o žalbi protiv odluke prvostupanjskog suda odredi drugi žalbeni sud (VSH, Gr-511/01 od 28. 8. 2001., Informator, broj 5028 od 15. svibnja 2002.).

- Okolnost da je jedna od stranaka majka suca nadležnog suda, može biti razlog koji opravdava svrsishodnu delegaciju (VSH, Gr-967/00, od 17. 5. 2001., Informator, broj 5016 - 5017 od 3. travnja 2002.).

- Okolnost da je stranka u tazbinskom odnosu s raspravnim sucem, može biti razlog za njegovo izuzeće, ali ne i za svrsishodnu delegaciju (VSH, Gr-44/01, od 25. 1. 2001., Informator, broj 4991 od 5. siječnja 2002.).

- Kada je nezakonitu radnju, od koje se traži zaštita, učinio nadležni sud, postoji važan razlog za delegaciju drugog suda (VSH, Gr- 476/97. od 30. prosinca 1997. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je predmet spora stan koji pripada županijskom sudu na području kojeg se nalazi nadležni općinski sud, važan je razlog koji opravdava delegaciju drugog općinskog suda sa sjedištem izvan područja toga županijskog suda (VSH, Gr- 34/97. od 5. veljače 1997. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je jedna od stranaka sudac županijskog suda na području kojega se nalazi nadležni općinski sud, važan je razlog koji opravdava delegaciju drugog suda (VSH, Gr- 273/97. od 7. svibnja 1997. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je tužitelj sudac prvostupanjskog suda koji ima sjedište u istom mjestu kao i drugostupanjski sud i da sudac drugostupanjskog suda i on "žive i rade u istom mjestu duži niz godina i međusobno se poznaju", predstavlja opravdan razlog za prenošenje mjesne nadležnosti na drugi stvarno nadležan sud (VS Republike Srpske, 118-0-Gr-07-000 001 od 30.1.2007. godine.).

- Okolnost da je majka i zakonska zastupnica maloljetne stranke sudac nadležnog sud, važan je razlog da se za postupanje odredi drugi stvarno nadležni sud (VSH, Gr- 99/92. od 20. svibnja 1992. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Činjenica da je prijedlog za zaštitu od nezakonite radnje upravljen protiv nadležnog suda i njegova suca, važan je razlog koji opravdava delegaciju drugog suda (VSH, R- 199/84. od 29. kolovoza 1984. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je stranka bivši sudac Općinskog suda s područja županijskog suda, koji treba odlučiti o njegovoj žalbi, može biti razlog da se odluči da u tom

sporu sudi drugi drugostupanjski sud (VSH, Gr- 111/91. od 24. travnja 1991. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je jedna od stranaka sudac porotnik u nadležnom sudu, važan je razlog koji opravdava delegaciju drugog suda (VSH, Gr- 282/89. od 22. studenoga 1989. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je jedna od stranaka sudac nadležnog suda važan je razlog koji opravdava delegaciju drugog suda i onda kad u nadležnom sudu radi veći broj sudaca, jer bi ta okolnost kod protivne strane mogla izazvati sumnju u objektivnost suda (VSH, Gr- 188/98. od 24. rujna 1998. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je supruga stranke sudac nadležnog suda važan je razlog koji opravdava delegaciju drugog suda, pa se delegacijom drugog suda uklanjaju sumnje u mogući utjecaj navedene činjenice na suđenje u toj pravnoj stvari (VSH, Gr- 58/99. od 14. travnja 1999. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Činjenica da je stranka zaposlena kao daktilograf u nadležnom sudu, koji ima mali broj sudaca i službenika, važan je razlog koji opravdava delegaciju drugoga stvarno nadležnog suda (VSH, Gr- 40/94. od 17. ožujka 1994. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Činjenica da je predsjednik nadležnog suda u srodstvu sa strankom te da će se pojaviti kao svjedok u parnici važan je razlog koji opravdava delegaciju drugog suda (VSH, Gr- 344/93. od 2. prosinca 1993. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

5.2. Prema stajalištu sudske prakse, **neopravdani razlozi za određivanje svrsishodne delegacije** bili bi:

- Nadležni sud može predložiti da umjesto njega u pojedinom predmetu postupaju drugi stvarno nadležni sud. Međutim, prvostupanjski sud nema pravo predložiti delegaciju drugog drugostupanjskog suda da umjesto njega odluči o žalbama protiv rješenja toga suda prvog stupnja. Ako on to ipak učini, njegov se prijedlog odbija kao nedopušten (VSH, Gr- 222/96. od 12. rujna 1996. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Žalbeni sud nije ovlašten predložiti svrsishodnu delegaciju prvostupanjskog suda (VSH, Gr- 7/94. od 23. veljače 1994. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.).

- U postupku obnavljanja spisa nije dopuštena svrsishodna delegacija (VSH, Gr- 77/95. od 21. ožujka 1995., IO- 1/96-159.)

- Nije moguće delegirati drugi sud da odlučuje o reviziji (VSH, Gr- 1/89. od 13. siječnja 1989., PSP 41/92.)

- Nedostatan broj sudaca u sudu ne može se rješavati samo delegacijom drugog suda. Nemogućnost suda da izvršava svoju funkciju zbog nedostatnog broja sudaca ne može se isključivo rješavati prema odredbi članka 68. Zakona o parničnom postupku, nego imenovanjem potrebitog broja sudaca (VS FBiH, Gr-62/05 od 13. 12. 2005. godine - Bilten sudske prakse VS FBiH, broj 2006/1, odl. br. 13; Domaća i strana sudska praksa, broj 2006/17, str. 54.).

- Izraženo nezadovoljstvo stranke ranije donesenim odlukama i izraženim pravnim stavovima suda u sličnim predmetima kakav je predmet pokrenut po njegovoj tužbi, te izražena sumnja da će i u tom predmetu biti donesena istovjetna odluka (odbijanje tužbenog zahtjeva), ne predstavljaju razlog za delegaciju drugog stvarno nadležnog suda u drugom kantonu (VS FBiH, broj 070-0-Gr-08-000037 od 29. 04. 2008. godine.).

- Sama najava mogućnosti saslušanja stranaka i svjedoka koji prebivaju na području drugog suda, u slučaju kad tuženik još nije dao odgovor na tužbu niti je osporio tužbeni zahtjev, ne opravdava delegaciju navedenog drugog suda (VSH, Gr1-240/2004–2 od 12. svibnja 2004., Informator broj 5364–5365, 3. i 6. kolovoza 2005.).

- Okolnost da je stranka zaposlena kao stručni suradnik za informatiku u županijskom sudu na čijem se području nalazi nadležni općinski sud, nije sama po sebi važan razlog za delegaciju drugog općinskog suda (VSH, Gr1–6202 od 30. 1. 2002., Informator broj 5200 - 5201 od 7. siječnja 2004.).

- Ocijenjeno je da okolnost da je stranka sudac nadležnog suda koji ima velik broj sudaca, nije važan razlog koji opravdava svrhovitu delegaciju (VSH, Gr1-555/02 od 31. 7. 2002., Informator broj 5165 od 6. rujna 2003.).

- Delegacija drugog drugostupanjskog suda ne može se zahtijevati prije nego što je podnesena žalba. Ako stranke takav zahtjev ipak podnose, on će se odbaciti (VSH, Gr-136/01 od 29. 5. 2001., Informator, broj 5058 - 5059 od 28. kolovoza 2002.).

- Okolnost da će se u postupku saslušati svjedoci koji ne prebivaju u sjedištu nadležnog suda, te što će se eventualno izvršiti dokaz uviđajem na području drugog suda, ne predstavlja sama za sebe razlog za svrsishodnu delegaciju, tim više kad o izvođenju tih dokaza još nije ni odlučeno (VSH, Gr-133/01 od 5. 6. 2001., Informator, broj 5032 - 5033 od 29. svibnja 2002.).

- Okolnost da je bračni drug stranke djelatnik nadležnog suda, sama po sebi ne opravdava delegaciju drugog suda (VSH, Gr- 337/96. od 13. kolovoza 1997. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Nemogućnost provođenja izvršenja nije razlog za delegaciju drugog izvršnog suda. Ako je izvršenje neprovedivo kako to tvrde stranke, to treba ocijeniti i o tomu treba donijeti odluku izvršni sud na temelju odredaba ZIP-a (VSH, Gr- 70/97. od 7. kolovoza 1997. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Kad je oštećeni, koristeći mogućnost predviđenu odredbama čl. 44. FZPP-a, podnošenjem tužbe izabrao mjesnu nadležnost suda koji je za njega povoljniji, razlozi svrsishodnosti sami po sebi ne mogu biti uvjet za delegaciju drugog stvarno nadležnog suda (VS BiH, R- 173/82. od 7. lipnja 1982. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je stranka pisala u mjesnom tjedniku članke u kojima su negativnim predznakom apostrofirani sud i pojedini suci, sama po sebi nije razlog za delegaciju drugog suda, a pogotovo ako uređujući sudac u tim člancima nije osobno spominjan. Štoviše, obavljanje sudačke funkcije uvijek je izloženo javnosti na

određen način, a značenje te funkcije je takvo da članci u tisku ne bi smjeli utjecati na objektivnost u odlučivanju. Taj je zahtjev jedan od čimbenika težine sudačke funkcije (VSH, Gr- 91/96. od 17. travnja 1996. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da su stranke u sporu "poznati privrednik" i "najveća bankarska kuća" na području nadležnog suda prvog stupnja, da je rodbina jedne od stranaka prijetila predsjedniku toga suda, te da spor pobuđuje zanimanje tiska, ne predstavljaju same po sebi važan razlog koji opravdava delegaciju drugog stvarno nadležnog suda. Naime, takvih i sličnih sporova u kojima su stranke poznate osobe, jake gospodarske organizacije i sl., ima mnogo i same po sebi nisu razlog da se sumnja u nezavisnost i nepristranost sudova koji vode takve sporove, a također se iz prijedloga ne može zaključiti da bi položaj predsjednika drugog, delegiranog suda bila drukčija od one u kojoj se nalazi onaj predsjednik koji predlaže delegaciju (VSH, Gr- 251/94. od 21. rujna 1994. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je dokaz uviđajem i vještačenjem potrebno izvesti izvan područja nadležnog suda, ne opravdava delegaciju drugog suda. Ti se dokazi, naime, mogu izvesti i pred zamolbenim sudom (VSH, Gr- 471/97. od 26. studenoga 1996. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Relativni razlozi za izuzeće suda ne mogu biti ujedno i razlozi za svrsishodnu delegaciju (VSH, Gr- 127/98. od 2. srpnja 1998. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Odugovlačenje nadležnog suda da žalbu stranke dostavi na rješavanje drugostupanjskom sudu, nije razlog za delegaciju drugog suda. Ukoliko bi i došlo do takvog postupanja suca, odnosno predsjednika vijeća nadležnog suda, stranka može uložiti pritužbu predsjedniku nadležnog suda ili predsjedniku neposredno višeg suda (VSH, Gr- 321/97. od 12. lipnja 1997. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je stranka u postupku odvjetnik s kancelarijom u sjedištu nadležnog suda nije razlog za delegaciju drugog suda. Naime, ta činjenica sama po sebi ne ukazuje da između tuženice kao odvjetnice s dugogodišnjom praksom u sjedištu suda i svih sudaca toga suda postoje takovi prisni ili (ne)prijateljski odnosi koji bi utjecali na suđenje u ovom sporu. Ako bi takvi odnosi postojali, onda odvjetnica ni u drugim sporovima u kojima zastupa stranke pred tim sudom ne bi mogla obavljati zastupanje (VSH, Gr- 216/93. od 13. srpnja 1993. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da raspravni sudac pri poduzimanju procesnih radnji ne vodi dovoljno računa o potrebi da se postupak ne odugovlači, nije razlog koji opravdava delegaciju drugog suda, već zbog takvog ponašanja stranka može uložiti pritužbu predsjedniku nadležnog suda ili predsjedniku neposredno višeg suda (VSH, Gr- 143/93. od 20. travnja 1993. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je naknadno otpao razlog kojega je bilo određeno da u parnici postupa drugi stvarano nadležan sud, ne opravdava sama po sebi vraćanje

predmeta novom delegacijom sudu kojem je bila podnesena tužba (VSH, R- 99/85., objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je stranka u postupku odvjetnik s kancelarijom u sjedištu nadležnog suda nije razlog za delegaciju drugog suda (VSH, Gr- 216/93. od 13. srpnja 1993. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- To što je predsjednik prvostupanjskog suda u prijateljskim odnosima s punomoćnikom jedne od stranaka i što je njegova kćerka pripravnica u odvjetničkoj kancelariji toga punomoćnika, nije bitan razlog za delegaciju tog suda (VSH, Gr- 451/90. od 20. prosinca 1990. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Teška materijalna situacija stranke nije okolnost koja opravdava delegaciju drugog stvarno nadležnog suda (VSH, Gr- 451/90. od 20. prosinca 1990. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da će biti eventualno potrebno neke dokaze izvesti na području drugog suda, nije sama po sebi razlog za delegaciju tog suda (VSH, Gr- 141/98. od 2. lipnja 1998. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je jedna od stranaka stalni sudski vještak kod nadležnog suda, sama za sebe ne predstavlja važan razlog koji opravdava delegaciju drugog suda, jer ta okolnost ne dovodi u sumnju nepristranost sudaca toga suda (VSH, Gr- 228/98. od 3. studenoga 1998. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Nepravilno postupanje suca nadležnog suda nije važan razlog koji opravdava delegaciju drugog suda, jer se eventualni propusti mogu sanirati izjavljivanjem pravnih lijekova, odnosno ulaganjem pritužbe predsjedniku nadležnog suda ili predsjedniku neposredno višeg suda (VSH, Gr- 34/99. od 28. travnja 1999. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da tuženica i njezin punomoćnik na ročištima vrijeđaju tužitelja, nije važan razlog koji opravdava delegaciju drugog suda (VSH, Gr- 103/99. od 28. travnja 1999. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je kćerka stranke doduše sudac općinskog suda, ali ne onog pred kojim se vodi postupak, nije važan razlog koji opravdava delegaciju drugog suda (VSH, Gr- 53/99. od 10. lipnja 1999. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Okolnost da je stranka podnijela kaznenu prijavu protiv suca nije važan razlog koji opravdava delegaciju drugog suda, jer ta okolnost može eventualno predstavljati samo razlog za izuzeće suca (VSH, Gr- 7/99. od 18. ožujka 1999. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- U postupku obnavljanja spisa nije dopuštena svrsishodna delegacija (VSH, Gr- 77/95. od 21. ožujka 1995. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Činjenica da je pred prvostupanjskim sudom saslušan kao svjedok predsjednik toga suda, nije važan razlog za delegaciju nadležnosti (VSH, R- 35/83. od 13. listopada 1983. godine, objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.).

- Ako je stranka izrazila sumnju u objektivnost vještaka pri njegovu davanju nalaza i mišljenja (VSH, Gr- 2/00 od 13. srpnja 2000., IO 2/00-134.).

- Ako je stranka u tazbinskom odnosu s raspravnim sucem (VSH, Gr- 44/01. od 25. siječnja 2001., IO- 1/01-60.)

IV. ORDINACIJA MJESNE NADLEŽNOSTI

Odredbama članka 69. ZPP-a uređena je tzv. **ordinacija nadležnosti** (*forum ordinatum*, eng. *ruling as to jurisdiction*). Prema tim odredbama, ako je za suđenje nadležan sud u Republici Hrvatskoj, ali se prema odredbama ZPP-a ne može utvrditi koji je sud mjesno nadležan, Vrhovni sud Republike Hrvatske, na prijedlog stranke treba odrediti koji će stvarno nadležni sud biti mjesno nadležan.

Dakle, na temelju odredbi ovoga članka tužitelj je ovlašten da, kada ne zna prebivalište niti boravište tuženika pa zbog toga ne može utvrditi koji je sud mjesno nadležan, prije nego što pokrene postupak zatraži od Vrhovnog suda da odredi koji će stvarno nadležan sud biti mjesno nadležan. S obzirom na činjenicu da se prijedlog za ordinaciju podnosi prije podnošenja tužbe u cilju saznanja nadležnog suda, postoji mišljenje da bi za podnositelja prijedloga, umjesto „stranka“, primjereniji naziv bio „osoba koja ima namjeru podnijeti tužbu“.44 Štoviše, tvrdi se da se može dogoditi da predlagatelj parnicu uopće ne pokrene.

Do ordinacije dolazi ako se na temelju zakonskih odredbi ne može utvrditi koji je domaći sud mjesno nadležan, a neprijeporno je postojanje jurisdikcije domaćeg suda.45 To se može dogoditi bilo zbog toga što odredbe o mjesnoj nadležnosti nisu uopće predvidjele rješenje za takav slučaj (pravna praznina) ili zbog toga što se ne mogu utvrditi okolnosti koje su značajne za određivanje mjesne nadležnosti. Do ordinacije nadležnosti može doći i u slučaju kada nije sporna nadležnost domaćeg suda, ali po odredbama ZPP-a o mjesnoj nadležnosti za konkretni slučaj nije predviđeno rješenje ili se u trenutku podnošenja tužbe ne mogu ustanoviti sve činjenice koje su značajne za određivanje mjesne nadležnosti.46 Ovdje se ne mogu primijeniti pravila o delegaciji nadležnosti budući da mjesna nadležnost suda nije ni poznata. Po prirodi stvari ordinacija se može ticati samo mjesne nadležnosti prvostupanjskog suda i do nje mora doći prije podnošenja tužbe sudu jer je, da bi se tužba mogla podnijeti, potrebno znati kojem će se sudu to moći učiniti.47

U prijedlogu kojim se traži ordinacija nadležnosti predlagatelj bi trebao navesti okolnosti na kojima temelji svoju tvrdnju da u pogledu mjesne nadležnosti postoji zakonska praznina i da se ne može utvrditi koji je sud mjesno nadležan, kao i okolnosti na temelju kojih Vrhovni sud može utvrditi da je u pitanju nadležnost domaćeg suda, da je dopušten redovni pravni put, te i okolnosti koje se odnose na

44 Tako PALAČKOVIĆ, D., *Parnično procesno pravo*, Kragujevac, 2004., str. 83.

45 Određivanju mjesne nadležnosti ima mjesta samo ako postoji nadležnost hrvatskih sudova (VSH, Gr- 316/97. od 17. prosinca 1997., IO /02-185.).

46 Vidi KULENOVIĆ, Z. i drugi, *Komentari zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, Sarajevo, 2005., dalje – KULENOVIĆ, str. 79.

47 Usp. DIKA, M., *Nadležnost sudova u paničnom postupku*, rad u zborniku „Novote u parničnom postupku“, Zagreb, 2003., str. 81.

spor koji namjerava pokrenuti pred nadležnim sudom.⁴⁸ Iako to odredbom čl. 69. ZPP-a nije izriekom propisano, drži se da bi potencijalni tužitelj uz prijedlog za ordinaciju trebao podnijeti i tužbu, u kojoj ne bi konkretno navodio mjesno nadležni sud, jer bi njega rješenjem trebao odrediti Vrhovni sud, kada prihvati prijedlog za ordinaciju.⁴⁹ Podnošenje tužbe uz prijedlog za ordinaciju nužno je i zbog toga da bi se Vrhovni sud mogao upoznati s prirodom spora u svezi s kojim treba odlučiti o prijedlogu za ordinaciju, jer samo će tako sud pri odlučivanju o prijedlogu za ordinaciju moći primijeniti pravilo da se nadležnost ocjenjuje „na temelju navoda u tužbi i činjenica koje su sudu poznate“ (arg. ZPP, čl. 15. st. 2.). Time bi potencijalni tužitelj pravodobnim pokretanjem postupka izazvao njemu korisne pravne posljedice koje se vežu uz to (izbjegavanje prekluzije, zastare i sl.).

Vrhovnom sudu ZPP nije dao uputu po kojem će kriteriju u ovakvom slučaju odrediti sud koji će biti mjesno nadležan, ali bi trebao nastojati da bude nadležan sud kod kojeg bi se postupak što lakše proveo i sa što manje troškova.⁵⁰

O prijedlogu stranke Vrhovni sud odlučuje rješenjem koje predstavlja akt sudske uprave, budući da prijedlog stranke nema karakter parnične radnje niti pokretnja postupka kod suda, jer nema procesno i materijalno pravni učinak (prekid zastare i sl.).⁵¹ Prije donošenja odluke o prijedlogu za ordinaciju, sud bi trebao omogućiti (potencijalnoj) protivnoj stranci da se izjasni o prijedlogu (arg. ZPP, čl. 5. st. 2.).

Budući da rješenje o ordinaciji donosi najviši sud, žalba protiv takvoga rješenja ne bi bila dopuštena.⁵² Iako protiv odluke o ordinaciji nema mjesta žalbi, drži se da je neutemeljeno shvaćanje po kojemu se pred ordiniranim sudom ne bi mogao istaknuti prigovor nenadležnosti, npr. zbog toga što se na temelju novih činjenica ili dokaza utvrdi da nema pretpostavke za ordinaciju.⁵³

Vrhovni sud bi sudu koji ordinira u konkretnom predmetu trebao proslijediti primljenu tužbu. Dakle, podnošenjem tužbe uz prijedlog za ordinaciju bio bi pokrenut i parnični postupak u konkretnoj pravnoj stvari (arg. ZPP, čl. 185.). Sud koji je određen suditi ne bi se mogao oglasiti mjesno nenadležnim.

48 Tako STANKOVIĆ, G., *Građansko procesno pravo – prva sveska – Parnično procesno pravo*, Niš, 2007., str. 120.

49 U procesnopravnoj teoriji bilo je izraženo i stajalište da bi tužbu trebalo podnijeti tek nakon što bi potencijalni tužitelj primio rješenje o ordinaciji, jer da se prije toga i ne zna kojem bi je sudu trebalo podnijeti. Podrobnije o tome kod TRIVA – DIKA, str. 284.

50 Vidi ZEČEVIĆ, str. 57.

51 Usp. VUKOVIĆ, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku sa registrom pojmova i obrascima*, Beograd, 2004., str. 5.

52 Tako VSJ u odluci Gž- 1/68., objavljena kod DIKA-ČIZMIĆ, str. 132.-137.

53 Usp. TRIVA-DIKA, str. 219.

V. UMJESTO ZAKLJUČKA

Nužno je napomenuti da postoje po nazivu i učincima instituti slični delegaciji i ordinaciji nadležnosti, ali oni ili ne dovode do promjene zakonom određene mjesne nadležnosti na temelju odluke višeg suda (generalna delegacija), ili se odlukom višeg suda ne mijenja nadležnost zakonom određenog suda u konkretnom sporu, nego u pojedinoj vrsti predmeta (tzv. individualna prezidencijalistička delegacija mjesne nadležnosti).

1. Generalna delegacija

1.1. Pravila o tzv. generalnoj (zakonskoj) delegaciji predstavljaju poseban oblik određivanja stvarne nadležnosti.

Iako ovaj institut sadrži naziv „delegacija“, treba ga razlikovati od delegacije nadležnosti (kao i o ordinacije nadležnosti), jer se tu ne radi o delegiranju nadležnosti u smislu odredaba kojima je uređena nužna i svrsishodna delegacija. Odnosno kod generalne delegacije ne dolazi do određivanja, pa ni promjene mjesne nadležnosti odlukom višeg suda, nego se unaprijed na temelju zakona u određenim vrstama sporova određuje odstupanje od pravila o mjesnoj nadležnosti na način da se u tim sporovima nadležnost povjerava sudovima određenog ranga ili vrste. Generalnom delegacijom određuje se nadležnost za određene vrste ili skupine pravnih stvari, za razliku od delegacije i ordinacije koje se određuju za točno definiranu pravnu stvar.

Pravilima o generalnoj delegaciji suđenje u sporovima određene vrste povjerava se samo nekim ili nekom od sudova određene vrste, a ne svim takvim sudovima u Republici Hrvatskoj. U pravilu se određuje u slučajevima kada se traži veća stručnost sudaca ili specijalizacija za neka područja prava, odnosno za neke vrste sporova, pa se nadležnost koncentrira samo na određene sudove. Stoga je posljedica zakonom određene generalne delegacije u tomu što unutar sudova iste vrste i istoga ranga postoje sudovi različite stvarne nadležnosti (standardne i sužene, odnosno standardne i proširene). U slučaju u kojem postoje slučajevi standardne i sužene stvarne nadležnosti, proširuje se mjesna nadležnost sudova standardne stvarne nadležnosti tako da oni postaju mjesno nadležni za rješavanje sporova određene vrste i za područje drugih sudova iste vrste, ali sužene stvarne nadležnosti. S druge strane, u slučaju u kojemu postoje sudovi standardne i proširene stvarne nadležnosti, sudovi proširene stvarne nadležnosti mjesno su nadležni za područje čitave države za rješavanje sporova koji su u njihovoj proširenoj stvarnoj nadležnosti.⁵⁴

Generalna delegacija (ili koncentracija nadležnosti) može se odrediti samo na temelju zakona. Tako, npr., u Republici Hrvatskoj za rješavanje sporova koji se odnose na brodove i plovību na moru i unutarnjim vodama i sporova na koje se primjenjuje plovību pravo, osim sporova o prijevozu putnika, sporova koji se odnose na zrakoplove i sporova na koje se primjenjuje zračno-plovību pravo, osim sporova

⁵⁴ Vidi DIKA, M., *Nadležnost sudova u paničnom postupku*, rad u zborniku „Novote u parničnom postupku“, Zagreb, 2003., str. 56.

o prijevozu putnika, kao i sporova koji se odnose na zaštitu i uporabu industrijskog vlasništva, autorskog prava i srodnih prava i drugih prava intelektualnog vlasništva, na zaštitu i uporabu izuma i tehničkih unaprijeđenja te tvrtke, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno, određeni su sljedeći trgovački sudovi: Trgovački sud u Osijeku, Trgovački sud u Splitu za područje Trgovačkog suda u Zadru, Trgovački sud u Zagrebu za područje Trgovačkog suda u Bjelovaru i Varaždinu, Trgovački sud u Rijeci (Zakon o područjima i sjedištima sudova, „Narodne novine“, broj 144/10, 84/11, članak 5.).

1.2. Treba napomenuti da postoje i slučajevi **apsolutne delegacije** sporova određene vrste samo na jedan stvarno nadležni sud određene vrste. Tako je prema odredbama čl. 43. st. 1. Zakona o arbitraži („Narodne novine“, broj 88/01), propisano da je za odlučivanje o nadležnosti arbitražnog suda (članak 15. stavak 3.), polaganje pravorijeka (članak 46.), odlučivanje o tužbi za poništaj pravorijeka arbitražnog suda (članak 36.) i o zahtjevu za priznanje i o prijedlogu za određivanje ovrhe (članak 39. i 40.) u predmetima iz stvarne nadležnosti trgovačkih sudova nadležan Trgovački sud u Zagrebu, a u ostalim predmetima Županijski sud u Zagrebu.

Sudska nadležnost za zabranu nezakonitog štrajka i isključenja s rada uređena je odredbom čl. 227. st. 2. Zakona o radu prema kojoj, ako štrajk, odnosno isključenje s rada, obuhvaća područje dviju ili više županija, o zabrani štrajka odnosno isključenja s rada u prvom stupnju odlučuje, odnosno stvarno i mjesno (isključivo) nadležan je Županijski sud u Zagrebu (u vijeću sastavljenom od tri suca).

2. Individualna prezidencijalistička delegacija mjesne nadležnosti

Sucima i vijećima poslovi se raspodjeljuju prema rasporedu utvrđenom za svaku godinu. Međutim, predsjednik Vrhovnog suda Republike Hrvatske može odrediti da u pojedinoj vrsti predmeta postupa drugi stvarno nadležni sud, ako se može opravdano zaključiti da sud koji je po zakonu mjesno i stvarno nadležan zbog velikoga broja predmeta koje ima u radu, s obzirom na broj sudaca i druge uvjete rada, ne može u razumnom roku raspraviti te predmete i donijeti odluku (Zakon o sudovima „Narodne novine“, broj 150/05, 16/07, 113/08, 153/09, 116/10, 122/10, 27/11, 57/11, 130/11, dalje – **ZS**, čl. 10. st. 2.). Prilikom određivanja „drugog stvarno nadležnog suda“ predsjednik Vrhovnog suda trebao bi procijeniti da će taj sud moći ustupljene predmete raspraviti i donijeti odluku u razumnom roku ili barem u kraćem roku od onoga u kojem bi to mogao napraviti sud koji je za njih po zakonu nadležan.⁵⁵

⁵⁵ Iako Zakon o sudovima ne sadrži odredbu prethodnog Zakona o sudovima ("Narodne novine", br. 3/94., 100/96., 115/97., 131/97., 129/00., 67/01., 5/02., 101/03., 117/03. i 17/04.) prema kojoj je predsjednik Vrhovnog suda Republike Hrvatske prilikom donošenja rješenja o tome koji se predmeti ustupaju drugom stvarno nadležnom sudu na suđenje, uzimao u obzir da to ponajprije budu predmeti u kojima još nije bila podnesena niti jedna procesna radnja ili u kojima su bile poduzete tek prve radnje, poput odgovora na tužbu i sl., razlozi procesne ekonomije i efikasnosti govore u prilog tome da bi predsjednik Vrhovnog suda prilikom donošenja rješenja i o tome trebao voditi računa.

Kada ocijeni da je potrebno da u pojedinoj vrsti predmeta postupa drugi stvarno nadležan sud, predsjednik Vrhovnog suda Republike Hrvatske odredit će rješenjem koji se predmeti ustupaju drugom stvarno nadležnom sudu na suđenje (ZS, čl. 10. st. 3.). U rješenju bi trebao utvrditi kriterije za ustupanje predmeta određenom sudu ili određenim sudovima pa bi u tom smislu takva njegova odluka imala značenje svojevrsnog propisa, općega pravnog akta.⁵⁶

Sud koji ustupa predmet o tome treba obavijestiti dopisom stranke, odnosno njihove punomoćnike ili zastupnike (ZS, čl. 10. st. 4.). Stranke ne bi imale pravo na pravni lijek protiv rješenja predsjednika Vrhovnog suda o delegaciji mjesne nadležnosti.

U slučaju kada rješenjem odredi predmete koji se ustupaju drugom stvarno nadležnom sudu na suđenje, strankama i njihovim punomoćnicima pripada pravo na naknadu troškova javnog prijevoza. Odvjetnicima pripada naknada troškova za izbjivanje iz pisarnice za vrijeme putovanja i naknada troškova prijevoza određena Tarifom o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika. Moglo bi se zaključiti da se ne očekuje od stranaka da u slučaju ustupanja predmeta drugom sudu angažiraju nove odvjetnike kao punomoćnike koji bi imali ured na području suda u čiju je nadležnost predmet prenesen. Navedene troškove treba isplatiti na teret državnog proračuna, ako su ti troškovi veći od onih koje bi stranke imale da se postupak vodi pred mjesno nadležnim sudom (ZS, čl. 10. st. 5.). Razvidno je da se isplata navedenih troškova ne uvjetuje i ne dovodi u vezu s uspjehom stranaka u parnici, jer se radi o troškovima koji su nastali krivnjom države, odnosno njezinom nesposobnošću da uredi i osigura učinkovito pružanje pravne zaštite.

Odluka o materijalnim troškovima iz ovoga članka treba se donijeti zajedno s odlukom o troškovima postupka (ZS, čl. 10. st. 6.). Iako to nije izrijekom određeno, drži se da bi stranke svakako morale snositi druge povećane troškove izazvane prezidencijalističkom delegacijom nadležnosti, poput troškova za svjedoke koji bi morali u sjedište delegiranog suda, i to po općim pravilima o naknadi troškova postupka.⁵⁷

3. Devolucija mjesne nadležnosti (vezano uz mogućnost rasterećenja sudova)

Građansko postupovno pravo ne poznaje više institut **devolucije nadležnosti** prvostupanjskog suda (*devolution of jurisdiction*), koji je bio uređen zakonima o uređenju narodnih sudova iz 1945. i 1946. godine,⁵⁸ što nije slučaj s nekim drugim

⁵⁶ Tako TRIVA – DIKA, str. 283.

⁵⁷ *Ibid.*, str. 284.

⁵⁸ *Zakon o uređenju narodnih sudova* od 26. kolovoza 1945. uz temeljnu organizaciju, odredio je i stvarnu nadležnost sudova. Kotarski sudovi bili su prvostupanjski sudovi (izuzetno i drugostupanjski) čija je stvarna nadležnost bila rješavanje predmeta u najčešćim građanskim stvarima te lakših kaznenih djela koja su im dana posebnim zakonom. Detaljnije kod GULIĆ, M., *Ustroj i nadležnost kotarskih/općinskih sudova grada/kotara Zagreb 1945.-1970.*, Arh. vjesn., god. 51 (2008), str. 275-292.

postupcima.⁵⁹ Po tim pravilima viši sud je mogao predmet iz nadležnosti suda nižeg stupnja uzeti sam u prvostupanjsko rješavanje ili je mogao povjeriti rješavanje nekom drugom sudu višeg stupnja. Na taj se način nastojalo dati mogućnost da u određenom predmetu sudi kvalitetniji, odnosno specijalizirani sud. Zbog niza prigovora devolucija nadležnosti zabačena je u građanskom postupovnom pravu s argumentacijom da pruža mogućnost arbitrarnog lišavanja stranaka temeljnog prava na ulaganje pravnih lijekova protiv sudskih odluka (pa i potpunog ako se tim ovlaštenjem posluži najviši sud), koje je zajamčeno međunarodnim pravnim aktima i Ustavom Republike Hrvatske,⁶⁰ odnosno da se devolucijom dovodi u pitanje pravo na tzv. zakonskog (prirodnog) suca, koji bi po unaprijed objektivno utvrđenim kriterijima bio ovlašten rješavati spor.⁶¹

59 Vidi, primjerice, za upravni postupak kod M. ŠIKIĆ, *Pitanja uređenja i primjene pravne zaštite od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka, (1991) v. 29, br. 1, 491-521 (2008); PEHAR, S., *Razlozi zbog kojih se upravni akt može pobijati u upravnom sporu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 45 (2008), broj 1 (87).

60 Usp. *Devolucija nadležnosti*, Pravni leksikon, Zagreb, 2007., str. 210.

61 Tako TRIVA – DIKA, str. 281.

Summary

A HIGHER COURT'S RULING ON TERRITORIAL JURISDICTION IN CIVIL PROCEEDINGS

As a rule, the jurisdiction is determined according to the law, thus guaranteeing and ensuring the legality and legal security. Nevertheless, there are cases in which the jurisdiction has not been directly determined by the law due to the fact that legal provisions contain an authorisation for higher courts or parties themselves to decide which court with subject matter jurisdiction shall have the territorial jurisdiction to resolve a specific dispute.

The author in the article points at legal possibilities to transfer the jurisdiction from the court having jurisdiction according to the law to the other court. Furthermore, he gives a special attention to the methods applied by the higher court when deciding upon territorial jurisdiction - the necessary and functional delegation of jurisdiction and ordering of jurisdiction.

Key words: delegation of jurisdiction, ruling as to jurisdiction, ordering of jurisdiction.

Zusammenfassung

BESTIMMUNG DER ORTSZUSTÄNDIGKEIT IM PROZESSVERFAHREN VON SEITEN DES HÖHEREN GERICHTS

Die Zuständigkeit wird in der Regel gemäß Gesetz bestimmt, wobei Gesetzlichkeit und Rechtsicherheit gewährleistet und gesichert wird. Demgegenüber gibt es Fälle, bei denen die Zuständigkeit nicht unmittelbar gemäß Gesetz bestimmt wird, sondern das Gesetz lässt den höheren Gerichten oder den Parteien selbst zu, dass sie das sachlich-zuständige Gericht als ortszuständig für die konkrete Rechtsstreitigkeit bestimmen.

Der Autor weist in der Arbeit auf die Rechtsmöglichkeiten der Zuständigkeitsübertragung vom gemäß Gesetz für das andere Gericht zuständige Gericht hin. Besondere Aufmerksamkeit schenkt er den Bestimmungsarten von Ortszuständigkeit von Seiten des höheren Gerichts, einer notwendigen und zweckmäßigen Zuständigkeitsdelegation und -ordination.

Schlüsselwörter: delegation of jurisdiction, Zuständigkeitsdelegation, ruling as to jurisdiction, Zuständigkeitsordination.

Riassunto

**DETERMINAZIONE DELLA COMPETENZA TERRITORIALE
DA PARTE DELLA CORTE DI GRADO SUPERIORE NEL
PROCEDIMENTO CONTENZIOSO**

Di regola, la competenza si determina in base alla legge, nel quale modo si garantisce e tutela la legalità e la certezza giuridica. Tuttavia, esistono casi in cui la competenza non è direttamente stabilita dalla legge; bensì la legge consente alle corti di grado superiore o alle parti stesse di determinare quale tribunale competente per materia sarà anche competente per territorio ai fini della concreta risoluzione del contenzioso.

L'autore nel contributo illustra le possibili soluzioni giuridiche in merito al trasferimento della competenza da un tribunale che risulta essere competente per legge ad altro tribunale. Inoltre, particolare attenzione dedica alle modalità di determinazione della competenza territoriale da parte della corte di grado superiore – alla delegazione necessaria e funzionale ed alla determinazione di competenza.

***Parole chiave:** delegazione di competenza, determinazione di competenza.*

O ZASTARI I PREKLUZIJU KOD PAULIJANSKE TUŽBE

Dr. sc. Zvonimir Slakoper, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Mr. sc. Vlado Skorup, sudac
Županijski sud u Rijeci

UDK: 347.439
Ur.: 13. prosinca 2011.
Pr.: 12. ožujka 2012.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U kontekstu instituta pobijanja dužnikovih pravnih radnji, i zastara i prekluzija mogu se pojaviti kako u odnosu između vjerovnika i dužnika, tako i u odnosu između dužnika i treće osobe koja je stekla što god iz imovine dužnika.

S obzirom da je ponekad moguće da i pri pravnim poslovima između dužnika i trećeg nastupi zastara dužnikove tražbine, postavlja se pitanje može li se treći vjerovnikovu zahtjevu za pobijanje dužnikove pravne radnje učinkovito suprotstaviti prigovorom zastare tražbine koju dužnik ima prema trećem. Pored navedenog pitanja, predmet ovoga rada je i pitanje je li vjerovnik prekludiran u svom zahtjevu za pobijanje dužnikove pravne radnje zato što je nastupila prekluzija dužnikova prava prema trećem.

Do zastare i prekluzije može doći i u odnosu između vjerovnika i dužnika. Ako je vjerovnika tražbina zastarjela, a on je nakon nastupa zastare podigao tužbu kojom pobija dužnikovu pravnu radnju, može li se treći s uspjehom suprotstaviti paulijanskoj tužbi isticanjem prigovora zastare? Izgubi li vjerovnik zbog isteka prekluzivnog roka subjektivno pravo prema dužniku, može li se paulijanskoj tužbi podignutoj nakon prekluzije učinkovito suprotstaviti prigovorom zbog gubitka prava neovisno o pitanju je li nastupila prekluzija dužnikova prava prema trećem?

Ne manje bitna su i pitanja odnosi li se actio pauliana samo na primarne ili i na sekundarne tražbine, te može li se actio pauliana učinkovito podnijeti radi ispunjenja sekundarne obveze nakon što je primarna obveza zastarjela ili pre-stala.

Na navedena pitanja autori u ovome radu iznalaze odgovore uzimajući u obzir ne samo pojedinačna pravila kojima su uređeni predmetni pravni instituti, već dovodeći ista pravila u kontekst načela obveznog prava, posebice načela savjesnosti i poštenja. Stavove koji proizlaze iz načela i pravila materijalnog prava autori dopunjavaju uzimajući u obzir i pravila postupovnog prava, kao i poredbeno materijalno pravo.

Ključne riječi: *zastara, prekluzija, pobijanje pravnih radnji dužnika, paulijanska tužba.*

UVOD

Institut pobijanja dužnikovih pravnih radnji svakako podrazumijeva postojanje dva pravna odnosa: pravnog odnosa između vjerovnika i dužnika i pravnog odnosa između dužnika i treće osobe. Postojanje pravnog odnosa podrazumijeva i postojanje zastarnih i prekluzivnih rokova, te oni postoje, odnosno mogu postojati i u odnosu vjerovnika i dužnika i u odnosu dužnika i trećeg.

Pretpostavke primjene instituta pobijanja dužnikovih pravnih radnji mogu, primjerice, biti ispunjene u situaciji u kojoj vjerovnik prema dužniku ima tražbinu naknade imovinske štete, a dužnik – kao kupac – trećeg – kao prodavatelja – nije pravovremeno obavijestio o nedostacima stvari koju je kupio od njega, zbog čega je izgubio prava koja mu pripadaju zbog nedostataka, a istovremeno je njegova imovina umanjena za svotu plaćenu trećem, jer je kupljena stvar zbog nedostataka bezvrijedna. Vjerovnikova tražbina od dužnika zastarijeva u subjektivnom roku od 3 godine, odnosno objektivnom od 5 godina, a dužnik je prekludiran u svojim pravima prema trećem prodavatelju, zbog čega je vrijednost dužnikove imovine postala nedostatna za namirenje vjerovnikove tražbine.

Osim toga što i zastara i prekluzija mogu nastupiti i u odnosu vjerovnika i dužnika i u odnosu dužnika i trećeg, i sama pravila ZOO o pobijanju dužnikovih pravnih radnji sadrže odredbu o prekluzivnim rokovima za tužbu radi pobijanja dužnikove pravne radnje.

Za razumijevanje otvorenih pitanja u svezi sa zastarom kod pobijanja dužnikovih pravnih radnji najprije je potrebno prikazati neka temeljna i za predmet rada važna pitanja u svezi s institutima zastare, prekluzije i pobijanja dužnikovih pravnih radnji.

ZASTARA I PREKLUZIJA

Nastankom pravnog odnosa za jednu stranu nastaje subjektivno pravo, a za drugu pravna dužnost odnosno obaveza, ali samim nastankom pravnog odnosa imatelj subjektivnog prava još ne mora steći zahtjev, odnosno mogućnost postizanja ispunjenja pravne obaveze druge strane protiv njene volje. Tu mogućnost, zahtjev, stječe od trenutka koji se naziva dospjelost ili dospijeeće. Od dospijeeća počinje teći odgovarajući zastarni rok i kad on istekne imatelj subjektivnog prava gubi zahtjev, mogućnost da postigne ispunjenje obaveze druge strane protiv njene volje.¹ Ali i nakon tog trenutka imatelj i dalje ima subjektivno pravo, te zato može zadržati primljeno u slučaju ispunjenja druge strane nakon tog trenutka.² Posljedica zastare

1 Čl. 214. st. 1. Zakona o obveznim odnosima (NN, br. 35/05, 41/08 i 125/11) (dalje: ZOO).
Podrobnije v. Slakoper, Zvonimir, Gorenc, Vilim, Obvezno pravo – opći dio, Novi informator, Zagreb, 2009. (dalje: Obvezno pravo – opći dio), s. 142. i dalje.

2 Čl. 221. ZOO.

je samo to što se dužnikova obveza pretvorila u neutuživu ili naturalnu obvezu.³ Na zastaru sud ne pazi po službenoj dužnosti i briga o njoj prepuštena je isključivo na dispoziciju stanaka,⁴ što znači da je za nastanak posljedica nastupa zastare nužan prigovor dužnika

Institutom zastare, dakle, sankcionira se vjerovnikova pasivnost, odsustvo interesa za postizanjem ispunjenja tijekom zakonom određenog vremena. Istovremeno taj institut dužniku donosi pravnu sigurnost: on zna da nakon isteka zastarnog roka protiv njegove volje vjerovnik neće moći postići ispunjenje. Može se reći kako zakonodavac kroz pravni institut zastare vjerovnika želi potaknuti na aktivniju ulogu kada je riječ o zaštiti njihovih interesa, sprječavajući ga da unedogled odgađaju ostvarenje svojih subjektivnog prava

Osim zastarnih rokova, postoje i prekluzivni. Njima se također sankcionira pasivnost imatelja subjektivnog prava i postiže pravna sigurnost dužnika, ali s drukčijim učincima no što su učinci nastupanja zastare. Propuštanjem poduzimanja određene radnje do isteka materijalno pravnog prekluzivnog roka, imatelj subjektivnog prava gubi ne samo zahtjev odnosno mogućnost za prisilno ostvarenje subjektivnog prava, nego i samo subjektivno pravo. To je temeljna i suštinska razlika između ova dva instituta, jer ona određuje njihovu pravnu prirodu, doseg, posljedice, ali i način primjene. Uz to, na istek prekluzivnih rokova sud pazi po službenoj dužnosti, te za nastanak posljedica prekluzije nije nužna aktivnost strane u čiju korist je istekao prekluzivni rok.

Kao što je već spomenuto u uvodu, i zastara i prekluzija mogu se pojaviti i u odnosu između vjerovnika i dužnika i u odnosu između dužnika i treće osobe koja je stekla štogod iz imovine dužnika.

POBIJANJE PRAVNIH POSLOVA OPĆENITO I PAULIJANSKA TUŽBA

Prva općenita asocijacija i konotacija pri spominjanju riječi „pobijanje“ držimo da je vezana uz institut pobjonosti pravnih poslova odnosno uz mogućnost poništenja takvih pravnih poslova. Za razlikovanje ovog instituta od instituta pobijanja dužnikovih pravnih radnji posebno je važno istaći da se institut pobjonosti pravnih poslova odnosi samo na pravne poslove,⁵ što znači da se pobijati mogu samo pravni poslovi. Također je neobično važno, kad je riječ o pobjonosti pravnih poslova općenito, naglasiti i opće načelo relativnosti obveznopravnih odnosa. Prema tom načelu obveznopravni odnos djeluje samo između strana u tom odnosu – a ne i prema trećim osobama – što znači – primjerice – da – u pravilu – samo vjerovnik kojim se dužnik obvezao, može zahtijevati ispunjenje obveze i da vjerovnik može

3 Klarić, Petar, Vedriš, Martin, *Gradansko pravo*, IX izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2006. (dalje: Klarić/Vedriš), s. 185.

4 Čl. 214. st. 3. ZOO.

5 Za pojam pravnog posla v. *Obvezno pravo – opći dio*, op. cit., s. 160. – 162.

zahtijevati ispunjenje obveze samo od dužnika koji se obvezao. Dosljedno tome, u slučaju pobjonosti pravnog posla, tužbu radi poništenja može podići samo strana tog pravnog posla.

Kad to usporedimo s institutom pobijanja dužnikovih pravnih radnji (paulijanska tužba, *actio pauliana*), možemo uočiti razlike barem u ova dva obilježja.

Dok se opća pravila o pobjonosti pravnih poslova odnose samo na pravne poslove – uz isključenje mogućnosti pobijanja pravnih radnji koje nisu pravni poslovi – pravila o pobjonosti dužnikovih pravnih radnji ne odnose se samo na pravne poslove koje bi dužnik poduzeo s trećim, nego i na druge pravne radnje, što je pojam iznimno širokog dosega, i u propisima i u literaturi definiran značajno drukčije od pojma pravnog posla.⁶ Dakle, u tom je smislu polje primjene instituta pobijanja dužnikovih pravnih radnji značajno šire od polja primjene instituta pobjonosti pravnih poslova.

Druga - ovdje važna - razlika između pobijanja dužnikovih pravnih radnji i pobjonosti pravnih poslova sastoji se u tome što pobijanje dužnikovih pravnih radnji kao institut ne samo da obuhvaća i podrazumijeva, nego i bitno obilježava ovaj institut, pravo treće osobe (vjerovnika) da zahtijeva poništenje određenih pravnih poslova poduzetih između drugih osoba (dužnika i trećeg), kao i pravnih radnji koje je dužnik poduzeo ili propustio poduzeti prema trećem. Predmet poništenja su ukupni učinci pravnih radnji poduzetih na štetu vjerovnika,⁷ ali u mjeri koja je potrebna za namirenje vjerovnika.

Stoga se – uz druge iznimke - i institut pobijanja dužnikovih pravnih radnji može uzeti kao svojevrsna iznimka od načela relativnosti obveznih odnosa.⁸ Bitno drukčije no pobjonost pravnih poslova, „pobjonost“⁹ dužnikovih pravnih radnji može se dovesti u vezi s institutima „*actio directa*“ poznatim pod tim imenom u švicarskom i francuskom pravu, ali prisutnim i u hrvatskom pravu. Naime, prema francuskom Code Civilu „vjerovnici mogu vršiti sva prava i zahtjeve njihovih dužnika, osim onih koja su isključivo vezana uz osobu“¹⁰ a u hrvatskom pravu zakupodavac i najmodavac ex lege imaju pravo od podzakupca odnosno podnajmoprimca zahtijevati isplatu onoga što im duguje zakupac odnosno najmoprimac.¹¹

Naznačene razlike između instituta pobjonosti pravnih poslova i instituta pobijanja dužnikovih pravnih radnji dovode do uočavanja različite svrhe tih instituta.

6 O pojmovima pravnog posla i pravne radnje v. niže.

7 Tako i odluka njemačkog Saveznog suda IX ZR 104/09 od 11. ožujka 2010., prema www.leitsatzkommentar.de/anfechtungsgesetz.htm.

8 Tako i Barry Nicholas: *The French Law of Contract*, 2. izdanje, Clarendon Press Oxford, s. 177. i s. 193. i dalje i Vizner, Boris: *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978., Knjiga 2. (dalje: Vizner), str. 1113.

9 Izraz pobjonost ovdje je u navodnicima zato što se *stricto sensu* mogu pobijati pravni poslovi, dok glede pravnih radnji taj pojam ima drukčije značenja. Ovo treba imati u vidu kad god se pojam pobjonost rabi u okviru izlaganja o pobjonosti dužnikovih pravnih radnji.

10 Čl. 1166. francuskog Code Civila (dalje: franc. CC). Tekst franc. CC-a dostupan je na mrežnoj stranici: www.legifrance.gouv.fr/.../codes.../code_civil_textA.htm.

11 Čl. 539. i 568. ZOO.

Pobojnost pravnih poslova kao institut postoji radi zaštite jedne strane pravnog posla u slučajevima određenih mana volje, prekomjernog oštećenja i drugim zakonom predviđenim slučajevima. Krajnje sažeto moglo bi se reći kako ona postoji kako bi se zaštitila savjesna i pozorna strana pravnog posla bez čije odgovornosti nije postojala njena stvarna i ozbiljna volja za poduzimanjem pravnog posla ili bez njene odgovornosti volju za poduzimanje pravnog posla nije očitovala slobodno ili njena stvarna volja i očitovanje volje nisu bili sukladni.

Bitno različito od toga, središnja svrha postojanja paulijanske tužbe – odnosno instituta pobijanja dužnikovih pravnih radnji – sastoji se u zaštiti vjerovnika dospjele obveznopravne tražbine od dužnikova raspolaganja (u vrlo širokom smislu) imovinom protivno načelu savjesnosti i poštenja i uz povredu zahtjeva s postupanjem s odgovarajućom pozornošću, pri kojem dužnikovom raspolaganju je i treći postupao kao i dužnik te se njegova imovina povećala.¹² To proizlazi iz okolnosti što se naplatni pravni posao između dužnika i trećeg može pobijati – između ostalog – ako su i dužnik i treći znali ili mogli znati da taj posao dovodi do oštećenja vjerovnika,¹³ te što se kod naplatnih pravnih poslova između dužnika i odgovarajućeg kruga srodnika te kod besplatnih pravnih poslova predmnijeva znanje da su treći srodnici odnosno treći stjecatelji iz besplatnog pravnog posla, znali za to da će oštećenje vjerovnika biti posljedica tih pravnih poslova. Stoga bi se institut pobojnosti dužnikovih pravnih radnji mogao dovesti u vezu s načelima savjesnosti i poštenja i dužne pozornosti u tom smislu što je njime sankcionirano dužnikovo – i trećeg – postupanje protivno tim načelima.

Držimo da ova svrha i okolnosti, odnosno pretpostavke pobijanja dužnikovih pravnih radnji trebaju biti važan orijentir pri odgovoru na pitanja u svezi sa zastarom, koja se kasnije postavljaju.

Važno je reći i to da se ne može reći kako vjerovnik na svojevrsan način stupa u pravni položaj dužnika prema trećem, nego kako vjerovnik ostaje u svom pravnom položaju i kako se njegov dužnik i treći zajednički nalaze na drugoj strani. To proizlazi iz nužnosti da i kod dužnika i kod trećeg postoji dokazana ili predmnijevana nesavjesnost odnosno nepozornosti, ali još jasnije iz okolnosti što vjerovnik tužbu podiže i protiv dužnika i protiv trećeg i to prema izričitoj odredbi ZOO.¹⁴

12 U tom smjeru i Vizner: „Ovakvo iznimno moguće miješanje u res inter alios acta opravdava se zbog mogućnosti zlonamjernog ili nemarnog smanjenja dužnikove imovine radi onemogućavanja ispunjenja vjerovnikovih potraživanja...” Vizner, Boris, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978. str. 1113.

13 Čl. 67. st. 1. ZOO.

14 Čl. 69. st. 2. ZOO.

ZASTARA I PREKLUZIJA U ODNOSU DUŽNIKA I TREĆEG

Kvalifikacija odnosa i pojava zastare i prekluzije

Za određivanje vjerojatnosti pojave zastare u odnosu između dužnika i trećeg, a potom i za razmatranje njenog utjecaja na pravni položaj vjerovnika, prvo je potrebno odrediti u kakvim sve odnosima mogu biti dužnik i treći.

Vjerojatno je da će odnos između dužnika i trećeg najčešće imati karakter pravnog posla tj. jednostranog ili dvostranih očitovanja dopuštene privatno pravne volje upravljenih na postizanje dopustivih pravnih učinaka, odnosno na nastanak, promjenu i prestanak privatno pravnog odnosa.¹⁵ Vjerojatnost da će taj odnos imati kakarakter pravnog posla – a ne druge pravne radnje – posebno potvrđuju odredbe ZOO o pretpostavkama pobijanja dužnikovih pravnih radnji tako što govore o dužnikovom „raspolaganju“, jer se prava prenose i njima se raspolaze pravnim poslovima.¹⁶ Kad god će između dužnika i trećeg postojati pravni posao, između njih će postojati subjektivno pravo i pravna dužnost i mogućnost nastupa zastare i prekluzije. Podrazumijeva se da u obzir dolazi najširi mogući krug jednostranih i dvostranih pravnih poslova, te da ni jedan pojedini tip pravnog posla ne može unaprijed biti isključen iz tog kruga. Pobijati se može svaki pravni posao, čim su ispunjene pretpostavke pobijanja.¹⁷

No, kad je odnos dužnika i trećeg pravni posao, zastara se u pravilu neće pojaviti. Polazeći od toga da je u odnosu na oštećenje vjerovnika pri poduzimanju pravnog posla između dužnika i trećeg postojala namjera ili nepozornost, dužnik i treći – ili samo dužnik, ako je riječ o besplatnom raspolaganju - redovito će ispuniti svoje obveze, čime će otpasti mogućnost da tražbina trećeg prema dužniku zastari. Ipak, ponekad je moguće da i pri pravnim poslovima između dužnika i trećeg nastupi zastara dužnikove tražbine ili da protekom vremena izgubi neko pravo, tj. da nastupi prekluzija njegovog prava.

Tada se postavlja pitanje može li se treći vjerovnikovu zahtjevu za pobijanje dužnikove pravne radnje učinkovito suprotstaviti prigovorom zastare tražbine koju dužnik ima prema trećem, odnosno pitanje je li vjerovnik prekludiran u svom zahtjevu zato što je nastupila prekluzija dužnikova prava prema trećem.

Međutim, ono što vjerovnik (pod odgovarajućim pretpostavkama) može pobijati, nisu samo pravni poslovi, nego i pravne radnje.¹⁸ Pravne radnje bi se mogle definirati kao sve radnje uz koje pravni poredak veže neku pravnu posljedicu

15 Obvezno pravo – opći dio, s. 161., Klarić/Vedriš, op. cit., s. 107.

16 Čl. 67. ZOO, Tako i Klarić/Vedriš, op. cit., str. 172.

17 Kao primjere pravnih poslova na koje se odnosila actio pauliana, sudska praksa bilježi ugovor o kupoprodaji (Slakoper, Zvonimir i sur.: *Sudska praksa 1980. – 2005.* i bibliografija radova uz Zakon o obveznim odnosima, RRiF-plus, Zagreb, 2005.- dalje SP – odluke br. 98 i 103), ugovor o darovanju (SP, odluke br. 100 i 104) i ugovor o doživotnom uzdržavanju (SP, odluka br. 105).

18 Ispravnije bi bilo reći pobijanje učinaka pravnih radnji, jer se ne radi o pobijanju koje dovodi do poništenja pravnog posla, budući da pravnog posla uopće nema.

odnosno neki pravni učinak. To znači da je pojam pravne radnje širi od pojma pravnog posla, da obuhvaća i pravne poslove kao određenu vrstu pravnih radnji,¹⁹ te da pravni odnos dužnika i trećeg ne mora potjecati samo iz pravnog posla, nego da može potjecati i iz pravne radnje dužnika.

De lege lata, u kontekstu pravila o pobijanju dužnikovih pravnih radnji, u prvom se redu ističe pravo vjerovnika dospjele tražbine da – kad su ispunjene potrebne pretpostavke – pobije pravnu radnju (a ne pravni posao) svog dužnika, a u drugom se redu navodi kako pojam pravne radnje obuhvaća i dužnikovo „propuštanje zbog kojega je dužnik izgubio kakvo materijalno pravo ili kojim je za njega nastala kakva materijalna obveza“.²⁰ Izričito, dakle, zakonski pojam pravne radnje obuhvaća dvije vrste dužnikova propuštanja: ona zbog kojih je dužnik izgubio neko materijalno pravo i ona zbog kojih je za dužnika nastala neka materijalna obveza.²¹

Kako se zastarom ne gubi (materijalno) pravo, nego samo zahtjev tj. mogućnost ostvarenja prava protiv volje dužnika, doslovno jezično tumačenje izraza „materijalno pravo“ moglo bi sugerirati da zastara ne predstavlja gubitak materijalnog prava i da stoga nije obuhvaćena tim pojmom. Dosljedno bi se treći – kao dužnik zastarjele tražbine dužnika – mogao učinkovito suprotstaviti zahtjevu vjerovnika. Međutim, svrha instituta pobijanja dužnikovih pravnih radnji i tumačenja pojma pravne radnje koja nalazimo u literaturi, oštro se protive takvom tumačenju. U literaturi se – primjerice - navodi da u pravne radnje dužnika treba ubrojiti „ne samo ugovore, već i faktične radnje dužnika, negativne postupke (propuštanja), pa i nedopuštene radnje“²² te dalje da „se iz kategorije pravnih radnji mogu isključiti samo viša sila i slučaj, kao i radnje zbog kojih se nije obogatio netko treći na račun dužnika“.²³ Svrha instituta pobijanja dužnikovih pravnih radnji je u zaštiti vjerovnika od oštećenja dužnikovim nesavjesnim raspolaganjima u najširem mogućem smislu pojma „raspolaganja“. Stoga i svrha instituta i literatura upućuju na čvrsti zaključak kako pravne radnje dužnika – koje su dovele do vjerovnikove nemogućnosti

19 Obvezno pravo – opći dio, op. cit., s. 125.-126. i tamo navedena literatura, Gorenc, Vilim, Česić, Zlatko, Kačer, Hrvoje, Momčinović, Hrvoje, Pavić, Drago, Perkušić, Ante, Pešutić, Andrea, Slakoper, Zvonimir, Vidović, Ante, Vukmir, Branko, Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRiF-plus, Zagreb, 2005. (dalje: Komentar ZOO), s. 109.

20 Čl. 66. st. 3. ZOO. Slično tome i par. 1. st. 2. njem. Anfechtungsgesetz (*Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines schuldnern außerhalb der Insolvenzverfahrens, Anfechtungsgesetz*, /Zakon o pobijanju pravnih radnji dužnika izvan stečaja, Zakon o pobijanju/, dalje: AnfG, donesen je 5. listopada 1994. g. (BGBl. I S. 2911), a zadnja izmjena izvršena je Zakonom od 23. listopada 2008. (BGBl. I S. 2026). Stupio je snagu 1. siječnja 1999. g.) naznačuje kako je propuštanje izjednačno s pravnom radnjom, dok čl. 2901. talijanskog Codice Civile (dalje: tal. CC) govori o aktima raspolaganja imovinom („atti di disposizione del patrimonio“). Tekst talijanskog CC-a dostupan je na mrežnoj stranici: www.altalex.com/index.php .

21 Zanimljivo je pitanje je li pojam materijalno pravo odnosno materijalna obveza treba shvatiti stricto sensu tako da je – a contrario – isključen nastanak postupovnih obveza odnosno gubitak postupovnih prava.

22 Komentar ZOO, op. cit., s. 109

23 Ibid.

potpunog namirenja njegove tražbine – obuhvaćaju i takva dužnikova propuštanja uslijed kojih je nastupila zastara ili uslijed kojih je izgubio neko subjektivno pravo *stricto sensu*.

Moguće je navesti više hipotetičnih primjera dužnikovih pravnih radnji – koje se sastoje u propuštanjima – zbog kojih za dužnika nastala obveza ili je zbog njih izgubio neko pravo. Dužnikova imovina može postati nedostatna za namirenje vjerovnika kad dio dužnikove imovine bez pravne osnove prešao u imovinu trećeg, bez da je treći počinio građanski delikt. Radi li se o stjecanju bez osnove, dužnikova tražbina prema trećem može zastarijeti, a u času nastupanja zastare bit će smanjena dužnikova imovina i ujedno će - zbog njegova propuštanja da podigne tužbu prije isteka zastarnog roka – izgubiti mogućnost učinkovitog postavljanja zahtjeva prema trećem.²⁴ Ili, dužnik je kao kupac s trećim sklopio kupoprodajni ugovor i platio cijenu. Stvar koju je treći kao prodavatelj predao kupcu ima materijalne nedostatke koji je čine bezvrijednom, a dužnik kao kupac propusti pravovremeno obavijestiti prodavatelja o nedostacima i zbog tog propuštanja izgubi prava koja mu pripadaju zbog nedostataka.

Upravo u takvim situacijama osnovano je pitanje postojanja prava suprotstaviti se zahtjevu vjerovnika prigovorom zastare odnosno činjenicom prekluzije.

Zaključno za ovaj dio može se reći kako „pobojni“ pravni odnos između dužnika i trećeg može biti utemeljen na pravnom poslu ili na zakonu tj. kako on može biti i ugovorni i izvanugovorni pravni odnos. Jasno je da se o prekluziji i zastari u odnosu između dužnika i trećeg – i njenim učincima na institut pobijanja dužnikovih pravnih radnji - može i treba govoriti kad dužnik prema trećem ima neko pravo glede kojeg može nastupiti prekluzija odnosno neku tražbinu, koja može zastarijeti. Kako zastarijeti mogu i tražbine iz pravnih poslova i tražbine iz drugih obveznopravnih odnosa, zastara se može pojaviti u tom odnosu bez obzira na pravni temelj tog odnosa. Ipak, u vjerojatno naječešćim, slučajevima dužnikova besplatnog raspolaganja imovinom u korist trećeg, ili dužnikova raspolaganja pri kojem od trećeg zauzvrat prima nerazmjerno manju vrijednost, radit će se o pravnim poslovima u kojima su strane ispunile svoje obveze, dosljedno čemu pitanje zastare često otpada.

Prigovor zastare dužnikove tražbine odnosno dužnikove prekluzije

U slučajevima u kojima je nastupila zastara ili prekluzija dužnikove tražbine prema trećem – a nije nastupila ni zastara niti prekluzija vjerovnikove tražbine prema dužniku - držimo zanimljivim pitanje može li vjerovnik učinkovito podići *actio pauliana* odnosno može li se prigovorom zastare ili zbog prekluzije dužnikove

24 Dužnikova imovina smanjena je tek u času nastupa zastare – a ne u času prijelaza imovine – zato što je u času prijelaza imovine dužnik stekao zahtjev za vraćanje, a to znači da je u času prijelaza imovine samo promjenjena struktura odnosno sastav njegove imovine. Umjesto onoga što je prešlo trećem, dužnikova tražbina vraćanja postala je sastavni dio njegove imovine.

tražbine učinkovito suprotstaviti vjerovnikovom zahtjevu. Ako bi tada tužbu podigao dužnik (kao vjerovnik trećeg), trećem bi pripadalo pravo na prigovor zastare, odnosno mogao bi prigovorom zastare postići odbijanje dužnikova zahtjeva. Ali, može li dužnik – li treći - učinkovito staviti prigovor zastare vjerovniku, odnosno pripada li mu pravo vjerovniku istaći taj prigovor? Isto pitanje, postavljeno na drugi način, glasilo bi je li dužnikovo propuštanje pravodobnog podizanja tužbe – zbog kojeg je nastupila zastara – jedna od pravnih radnji koje vjerovnik može „pobiti“.

Izričaj odredbi ZOO odnosno njegovo doslovno jezično tumačenje i opća stajališta literature upućivala bi na potvrđan odgovor. To proizlazi iz okolnosti što pravnom radnjom dužnika ZOO uzima i „propuštanje zbog kojega je dužnik izgubio kakvo materijalno pravo“,²⁵ a pravo prigovora zastare je materijalno – a ne postupovno – pravo. Doktrinarno, međutim, suprotno: nastupom zastare ne gubi se subjektivno pravo nego samo zahtjev, što bi dovelo do zaključka da istek zastarnog roka ne predstavlja propuštanje koje je dovelo do gubitka materijalnog prava, osim ako se zahtjev ne bi uzeo kao materijalno pravo. No, na ipak potvrđan odgovor upućivala bi i svrha instituta pobijanja dužnikovih pravnih radnji, a to je zaštita vjerovnika od *malae fidei* postupaka dužnika i trećeg. Kad se promotre pretpostavke učinkovitog pobijanja, razvidno je da je kod svih oblika paulijanske tužbe nužan barem nemar i dužnika i trećeg u odnosu na položaj vjerovnika.²⁶ Stoga bi mogućnost učinkovitog stavljanja prigovora zastare dužnikove tražbine značila honoriranje nesavjesnih postupaka dužnika i trećeg na uštrb savjesnog vjerovnika, i to protivno svrsi instituta pobijanja dužnikovihi pravnih radnji koja leži u zaštiti vjerovnika.

Eventualni protuargument, da se time probija načelo relativnosti obveznih odnosa, držimo da se ne može uvažiti jer se i sam institut pobijanja dužnikovih pravnih radnji može uvrstiti u iznimke od tog načela.

Ovo problemsko pitanje možemo razmotriti i kroz hipotetski slučaj u kojem imovina zakupnika kao dužnika postaje nedostatna za namirenje vjerovnika jer je propustio podnijeti tužbu na isplatu sredstava utrošenih na uređenje poslovnog prostora (i time umanjio svoju imovinu) prema trećoj osobi – prijašnjem vlasniku prostora kojem se isti pravomoćnim upravnim rješenjem donesenim prema odredbama Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme komunističke vladavine vraća u vlasništvo,²⁷ odnosno u situaciji kada sadašnji vlasnik (redovito su to gradovi ili općine) u pravilu zakupodavac poslovnog prostora kojeg je do povrata davao u zakup, kao dužnik svojeg vjerovnika, također propusti podnijeti tužbu na isplatu sredstava koja je uložio u uređenje prostora kojeg nakon pravomoćnosti rješenja o povratu ima obvezu vratiti prijašnjem vlasniku. Taj trostrani obveznopravni odnos,

25 Čl. 66. st. 3. ZOO.

26 Čl. 67. st. 1. – 2. ZOO. – kao pretpostavku poboynosti – zahtjevaju znanje ili mogućnost znanja za oštećenje vjerovnika i kod dužnika i kod trećeg.

27 Pri tome se misli na odredbu čl. 41. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu na vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (Narodne novine br.: 92/96., 39/99., 42/99., 92/99., 43/00., 131/00., 27/00., 65/01., 118/01., 80/02. i 81/02. u nastavku teksta; Zakon o naknadi).

prijašnji vlasnik, sadašnji vlasnik, korisnik prostora, osim što je okarakteriziran propuštanjem dužnika da podigne tužbu prije isteka zastarnog roka, specifičan je i s još nekoliko stajališta. Prije svega vezano je uz pitanje dospijeće obveze na povrat uloženi sredstva za uređenje prostora kojeg mora vratiti prijašnjem vlasniku, na koje se nadovezuje pitanje početka računanja zastarnog roka, odnosno dilema primjenjuje li se tu opći zastarni rok²⁸ ili neki drugi zakonski rok.²⁹

Propuštanjem podizanja tužbe prije isteka zastarnog roka (početak kojeg je više nego upitan)³⁰ dužnik evidentno gubi mogućnost efikasne naplate uloženi sredstava od svojeg dužnika iz tog odnosa – prijašnjeg vlasnika kome se poslovni prostor vraća, čineći tako svoju imovinu nedostatnom za namirenje dospjele tražbine svojeg vjerovnika. Kod toga posebno je pitanje u kontekstu navedenih dvojbi pravo na isticanje prigovora zastare zahtjeva za povrat uloženi sredstava u odnosu zakupnik ili sadašnji vlasnik - prijašnji vlasnik kome se prostor treba vratiti, vjerovniku od strane prijašnjeg vlasnika kao dužnika ili od strane dužnika kao treće osobe.

Identičan problem ostaje kada ga razmotrimo i s druge pozicije u kojoj je sadašnji vlasnik propustio pravovremeno zatražiti od prijašnjeg vlasnika, nakon nastupa obveze na povrat, uložena sredstva ili dospjeli iznos zakupnine od zakupnika, koji se ovdje može naći ili u svojstvu treće osobe ili dužnika. U ovom slučaju postojanje prava isticanja prigovora zastare iz odnosa dužnik - treća osoba vjerovniku, dobiva se jedna nova dimenzija koja traži razrješenje odnosa vjerovnik – dužnik – treća osoba kroz odnos prijašnji vlasnik kome se poslovni prostor vraća - sadašnji vlasnik, zakupac, ne ulazeći pri tome u njihove vlasničko pravne odnose.

Naime, radi li se o ulaganjima do dana pravomoćnosti rješenja ili trenutka pokretanja postupka povrata imovine, valja voditi računa i o tome da redovito zakupnik i prijašnji vlasnik nisu ni u kakvom obvezno pravnom odnosu, već da takav odnos postoji između zakupnika i sadašnjeg vlasnika kroz ugovor o zakupu. Sa stajališta teksta Zakona o povratu, prema čl. 49. st. 4. zastara počinje teći od dana stupanja na snagu Zakona (1. siječnja 1997. godine).³¹ Doslovnim prihvaćanjem

28 Odredba čl. 225. ZOO-a

29 Pri tome se misli na zastarne rokove vezane uz međusobne tražine iz ugovorao prometu roba i usluga ili one vezane uz naknadu štete.

30 U okviru postojećeg zakonskog rješenja čl. 41. st. 4. i čl. 49. st. 4. Zakona o naknadi, primjena općeg zastarnog roka iz čl. 225. ZOO-a nije toliko upitna koliko je to početak računanja zastarnog roka. Ukoliko bi se on računao od početka stupanja na snagu Zakona o naknadi, dana 1. siječnja 1997. godine, pitanje povrata uloženi sredstava, pa tako i učinkovita zaštita prava vjerovnika zbog propuštanja njegovog dužnika, bila bi ozbiljno dovedena u pitanje, jer sadašnji vlasnik ili zakupnik – dužnici u Paulijanskoj tužbi, ne mogu tražiti povrat uloženi sredstava, zbog proteka zastarnog roka (1. siječnja 2002. godine), a da u tom trenutku formalno još nisu niti mogli znati za obvezu povrata prostora, obzirom da pravomoćno rješenje još nije niti doneseno. Ekstenzivnije tumačenje odredbe čl. 49. st. 4. Zakona o naknadi na način da povrat ulaganja mogu tražiti od dana pravomoćnosti rješenja o vraćanju nekretnine u vlasništvo prijašnjem vlasniku, stavlja ih u povoljniji položaj i posljedično tome omogućava učinkovitost naplate.

31 Odredba čl. 49. st. 4. glasi: „Za sporove o kakvom stvarnom pravu ili obvezi koji proisteknu iz rekonstrukcije (adaptacije, nadogradnje, dogradnje, sanacije, izmjene postojećih postrojenja

tako sročene zakonske odredbe realno je otežan (obzirom na moguće trajanje upravnog postupka) povrat uloženi sredstava i posljedično tome onemogućen vjerovnik u pobijanju pravnih radnji (propuštanja) dužnika zbog kojeg je dužnik izgubio pravo na zahtjev, zbog prigovora zastare kojeg bi mu mogli istaknuti dužnik ili treća osoba.³² Ključno pitanje vezno uz zastaru (pa time i pravo na isticanje takvog prigovora od strane dužnika ili treće osobe kada je riječ o zastari koja je konzumirana u odnosu između treće osobe i dužnika), koje izravno utječe na učinkovitost paulijanske tužbe, je dospijeće takve tražbine koja nastaje ulaganjem sredstava u poslovni prostor koji se treba vratiti nekom s kojim zakupac nije ni u kakvom poslovnom odnosu, a pogotovo nema nikakav ugovor o zakupu. Premda bi se odgovor na ovo (zbog trostrane prirode pravnog odnosa) pravno pitanje mogao pronaći kroz odredbe ZOO-a o zastari, razmišljanje u tom pravcu nailazi odmah na zapreku zbog hijerarhijskog odnosa propisa, *lex specialis derogat legi generali* ali i *lex posteriori derogat priori*, koji slijedom toga upućuje na traženje rješenja ovog obveznopravnog zahtjeva unutar Zakona o povratu.³³ Promatrano s te pozicije, za pitanje dospijeća, kao datuma od kojeg uopće možemo početi s računanjem zastare, ma tko god pravo na takav prigovor imao, nude nam se mogućnosti da ga možemo računati bilo od pravomoćnosti rješenja o povratu, bilo od dospijeća stjecanjem prava na zahtjev radi iseljenja zakupnika³⁴ ili od dospijeća vezanog uz iseljenje zakupnika. Uzimajući u obzir da zakupnik ima pravo retencije³⁵ dok mu se u cijelosti ne isplate uložena sredstava na koja ima pravo jer prijašnji vlasnik dobiva poslovni prostor uvećane vrijednosti, kao i okolnost da egzistira vremensko ograničenje propisano Zakonom o naknadi za traženje iseljenja, dok ne proteknu

i uređaja i sl.) kao i sporove glede prava na zajedničkim dijelovima zgrade ili zemljišta koji nastanu povodom vraćanja nekretnine prijašnjem vlasniku nadležan je sud, a rokovi protekom kojih se gubi pravo ili rokovi zastare počinju teći od dana stupanja na snagu ovoga Zakona.“

- 32 Pojašnjenja radi treba navesti da sadašnji vlasnik stupanjem za snagu Zakona o povratu ne može znati tko je ovlaštenik naknade, je li osoba koja je upisana uz zemljišne knjige živa, tko su joj nasljednici, je su li oni postavili zahtjev za povrat ili će nekretnina pripasti u vlasništvo Republike Hrvatske. Uopće u tom trenutku još nije poznato koga bi sadašnji vlasnik trebao tužiti. Promatrano s te pozicije, rokovi zastare trebali bi teći, glede zahtjeva sadašnjeg vlasnika za povrat troškova ulaganja od dana pravomoćnosti rješenja o vraćanju nekretnine u vlasništvo prijašnjem vlasniku.
- 33 Kod toga misli se na odredbu čl. 41. st. 2. i 3. Zakona koja glasi: «Ako je ugovor o zakupu sklopljen na određeno vrijeme vlasnik, ne može tražiti ispražnjenje i predaju u posjed poslovnog prostora prije isteka ugovorenog roka, a najkasnije u roku od pet godina računajući od dana pravomoćnosti rješenja iz stavka 1. ovoga članka. Zakupnik nije dužan poslovni prostor predati u posjed vlasniku, neovisno o tome da li je ugovor o zakupu sklopljen na određeno vrijeme, sve doku mu vlasnik ne isplati naknadu za učinjena ulaganja, na temelju njihovog međusobnog ugovora ili pravomoćne sudke odluke, ako se drukčije ne sporazume.»
- 34 Pitanje ispražnjenja i predaju u posjed poslovnog prostora u razmatranom slučaju vezano je uz prethodno navedene odredbe čl. 41. st. 2. i 3. Zakona o povratu.
- 35 Pravo zadržanja (retencije) u ovom primjeru više nego inače ima ulogu pravnog sredstva prisile ali i sredstva namirenja ne samo kada je riječ o pravu zakupnika kao dužnika, već i sa stajališta vjerovnika koji učinkovitom zaštitom prava dužnika prema trećoj osobi osigurava efikasnost pobijanja dužnikove pravne radnje u najširem smislu koji podrazumijeva i propuštanje.

zakonski rokovi za takav zahtjev, pravično bi bilo zastaru zahtjeva zakupnika za naknadu izvršenih ulaganja prosuđivati od dospijeća zahtjeva za iseljenje.

Izneseno pravno stajalište polazi od motrišta da trenutak pravomoćnosti rješenja o povratu još uvijek ne ukazuje na to kada će se prijašnji vlasnik (a predvidivo je da će to sasvim izvjesno učiniti, jer ja zato i pokrenuo postupak povrata imovine) poslužiti pravom na ispražnjenje i povrat, s kojim trenutkom zakupnik uopće stječe pravo da traži povrat uložених sredstava. Sasvim izvjesno zakupnik ne može isticati takav zahtjev dok u posjedu drži i koristi prostor, jer tada još uvijek na dolazi do primjene institut stjecanja bez osnove. Taj rok ne možemo vezati niti uz datum dospijeća stjecanja prava na zahtjev za iseljenje zakupnika (prije isteka ugovorenog roka, odnosno najkasnije pet godina od pravomoćnosti što dolazi u obzir i kada se radi o ugovoru na neodređeno) jer bi tada takav zahtjev sasvim sigurno zastario pa bi dužnik propuštajući isticati takav prigovor trećoj osobi ili zbog proteka roka uslijed «tumačenja» zakonske norme obezvrijedio nastojanje vjerovnika u učinkovitoj zaštiti paulijanskom tužbom.

Pojedinačno gledajući dužnika i trećeg, izloženome treba dodati i mišljenje da bi se dužnikovo stavljanje prigovora zastare njegove vlastite tražbine prema trećem, naročito u okolnostima gdje je sa znanjem da će oštetiti vjerovnika besplatno raspolagao imovinom u korist trećeg, moglo uzeti i protivnim zabrani zlouporabe prava, koja predstavlja jedno od načela obveznog prava.³⁶

S obzirom na to da u kontekstu ovog rada između instituta zastare i instituta prekluzije ne vidimo takvih razlika, koje bi opravdavale drukčiji stav u slučaju nastupa prekluzije dužnika u odnosu prema trećem, *mutatis mutandis* i tada treba primijeniti ono što je izloženo za slučaj zastare dužnikove tražbine prema trećem.

Odnos vjerovnika i dužnika treba razmotriti i kroz pravo dužnika da istakne prigovor radi prebijanja nasuprot vjerovnikovom zahtjevu, kao i mogućnost treće osobe da takav prigovor iz odnosa s dužnikom kao vjerovnikom istakne vjerovniku, te posebno pitanje zastare tog prigovora.

Prijeboj ili kompenzacija je prestanak obveze obračunavanjem protutražbine s tražbinom.³⁷ Kod toga razmatrat ćemo samo onaj aspekt vezan uz građanskopravni prijeboj – *compensatio civilis*. Obzirom na potpuno različitu pravnu prirodu i pretpostavke između građanskopravnog i procesnopravnog prigovora radi prebijanja s čisto pragmatičnog gledišta, prijeboj kao način prestanka obveznopravnog odnosa, ako je do njega došlo kroz građanskopravnu kompenzaciju, isključuje automatski mogućnost isticanja istog takvog prigovora u parnici jer on negira postojanje uzajamnih tražbina. Uspješno isticanje prigovora u parničnom postupku znači da tražbine još uvijek postoje i on traži ostvarenje specifičnih postupovnih pretpostavki, kao i redovito kombinaciju deklaratorno – kondemnatorne presude.

Nema dvojbe da dužnik ima pravo prebiti potraživanje koje ima prema vjerovniku s onim koje on ističe prema njemu s učinkom *ec tunc*, kada se za to steknu uvjeti, na koji bi način, u slučaju uspješnosti takvog prigovora vjerovnik bio

36 Čl. 6. ZOO, Komentar ZOO, op. cit., str. 14.

37 Klarić/Vedriš, op. cit., str.485.

odbijen sa svojim zahtjevom za pobijanje. Zastarjela tražbina se tako može prebiti s dugom ukoliko zastara nije nastupila u trenutku kada su se ostvarile pretpostavke za prebijanje. Dvojba, u okviru razmatranog problemskog pitanja, nastaje kada je u pitanju zastara jednog od potraživanja kada je ona nastupila prije ostvarenja pretpostavki za prebijanje.

Mogli bi smo načelno konstatirati da prijeboj ne može nastati ako su uvjeti za njega ostvareni nakon što je jedna od tražbina zastarjela. Ako dužnik zastarjele tražbine istakne prigovor zastare, zastarjela tražbina se u svakom slučaju ne može s uspjehom staviti u prijeboj³⁸ i to se mora odraziti na vjerovnikovu paulijansku tužbu.

Propuštanje dužnika da istakne prigovor radi prebijanja trećoj osobi kao vjerovniku iz tog odnosa, omogućilo bi vjerovniku da pobija takvo propuštanje svog dužnika. Prigovor zastare takvog prigovora iz odnosa dužnik – treća osoba, koji bi dužnik u tom slučaju eventualno istakao vjerovniku, trebalo bi promatrati kao grubo kršenje načela savjesnosti.

ZASTARA I PREKLUZIJA U ODNOSU VJEROVNIKA I DUŽNIKA

Kvalifikacija odnosa i pojava zastare i prekluzije

U odnosu između vjerovnika i dužnika uvijek je prisutan institut zastare i to zbog jednostavne činjenice što između njih uvijek postoji pravni odnos u kojem vjerovniku pripadaju subjektivno pravo i zahtjev odnosno tražbina, a dužnik ima obvezu i odgovornost za njeno ispunjenje. Pravni odnos vjerovnika i dužnika je odnos obveznopravnog karaktera, a potrebno je naglasiti kako to može biti bilo koji obveznopravni odnos: na temelju pravnog posla (ugovorni) ili na temelju zakona (izvanugovorni). To proizlazi iz okolnosti što je *actio pauliana* uređena u općem dijelu ZOO i to u Glavi V. koja uređuje učinke svih obveza, temeljile se one na pravnim poslovima ili na zakonu. Dapače, ni sam tekst odredbi ZOO o *actio pauliana* ne sadrži ograničenja u tom smislu, nego pravo pobijanja dužnikove pravne radnje ima „svaki vjerovnik“³⁹ razumije se kad su ispunjene potrebne pretpostavke.

Jednostavno govoreći, vjerovnikova tražbina može potjecati bilo iz jednostranog ili dvostranog pravnog posla, izvanugovorne odgovornosti za štetu, stjecanja bez osnove ili poslovodstva bez naloga.

S tim su u vezi i zastarni rokovi za vjerovnikovu tražbinu od dužnika u tom smislu što pravni odnos iz kojeg potječe vjerovnikova tražbina, određuje zastarni rok za tu vjerovnikovu tražbinu. Ako bi, primjerice, vjerovnikova tražbina potjecala iz dužnikova stjecanja bez osnove, zastarni bi rok bio opći zastarni rok od pet

38 Prigovor radi prebijanja u parnici međutim nije ovisan o trenutku priopćenja protivnoj strani, jer proizvodi učinka od trenutka priopćenja sudu, pa bi se onda iz toga mogao izvući zaključak da se dug može prebiti i sa zastarjelom tražbinom ako ona još nije zastarjela u trenutku isticanja sudu.

39 Čl. 66. st. 1. ZOO.

godina, a ako bi potjecala iz izvanugovorne odgovornosti za štetu koju je dužnik počinio vjerovniku, subjektivni zastarni rok bio bi tri godine, a objektivni pet, osim kad je štetna radnja istovremeno predstavljala kazneno djelo.

Pretpostavimo sad da je vjerovnikova tražbina od dužnika zastarijela i da je nakon nastupa zastare podigao tužbu kojom pobija dužnikovu pravnu radnju, te da je treći stavio prigovor zastare. Treba li ga usvojiti i tužbeni zahtjev odbiti, ili odbiti prigovor zastare i usvojiti tužbeni zahtjev?

Naprijed je već navedeno kako je funkcija instituta zastare u sankcioniranju vjerovnikove pasivnosti u odnosu na ostvarenje njegove tražbine, tako da se dužniku daje pravo prigovorom zastare otkloniti mogućnost ostvarenja vjerovnikove tražbine protiv dužnikove volje. Tome logički dosljedno, moglo bi se stati na stajalište da to pravo treba pripasti i trećoj osobi. Naglasak bi ovdje bio na sankcioniranju vjerovnikove pasivnosti i okolnosti što protiv dužnikove volje u toj situaciji vjerovnik ne bi mogao postići namirenje svoje tražbine.

S druge strane, zastarom tražbine ne prestaje samo vjerovnikovo subjektivno pravo, nego on samo gubi zahtjev, i to je mogući argument u prilog tezi da trećem ne bi pripadalo pravo na prigovor zastare vjerovnikove tražbine od dužnika. Također bi u prilog tog stajališta bilo moguće istaći i okolnost da dužnikova tražbina od trećeg nije zastarijela i da dužniku ne bi mogao učinkovito staviti prigovor zastare, kad bi dužnik bio na mjestu vjerovnika. Dakle, ako se naglasak stavi na sankcioniranje vjerovnikove pasivnosti, trećem bi pripadalo pravo na prigovor zastare. Ali, ako se zauzme stajalište da institut pobijanja dužnikovih pravnih radnji na zaista svojevrsan način – usporediv sa stajalištem francuskog CC – vjerovnika u odnosu na trećeg stavlja u pravni položaj dužnika kao vjerovnika tog trećeg, pravo na prigovor zastare trećem ne bi pripadalo.

Prigovor zastare vjerovnikove tražbine odnosno vjerovnikove prekluzije

U praksi ne može isključiti mogućnost da tražbina vjerovnika prema njegovom dužniku zastari, ili da zbog isteka prekluzivnog roka vjerovnik izgubi subjektivno pravo prema dužniku, te na nakon toga podigne *actio pauliana*. Može li se zahtjevu tog vjerovnika učinkovito suprotstaviti prigovorom zastare odnosno zbog gubitka njegova prava neovisno o pitanju je li dužnikova tražbina od trećeg zastarijela odnosno neovisno o pitanju je li nastupila prekluzija dužnikova prava prema trećem?

Kao što je naprijed već navedeno, svrha instituta pobijanja dužnikovih pravnih radnji je u zaštiti savjesnog vjerovnika od – u širokom smilu – nesavjesnih dužnikovih raspolaganja imovinom kojima se onemogućava potpuno namirenje vjerovnika. Istovremeno je svrha postojanja instituta zastare i prekluzije u sankcioniranju pasivnosti vjerovnika i uspostavi dužnikove pravne sigurnosti nakon proteka odgovarajućeg vremena, na što posredno upućuje i okolnost da su odredbe o dužini zastarnih rokova prisilne i da ih, stoga, strane ne mogu mijenjati. Makar su institutom pobijanja dužnikovih pravnih radnji pravni odnos između vjerovnika

i dužnika i pravni odnos između dužnika i trećeg, povezani, radi se ipak o dva zasebna pravna odnosa, a povezani su samo u okolnostima i u mjeri kad je i koliko je potrebno radi zaštite vjerovnika. Vjerovnika se ne može uzeti kao osobu koja je stupila u pravni položaj dužnika prema trećem. To je dokazano činjenicom da dužnikova propuštanja čine sastavni dio pravnih radnji koje vjerovnik može pobijati i logički dosljednim zaključkom da se vjerovniku ne može istaći prigovor zastare ili prekluzije dužnikove tražbine odnosno prava prema trećem.

Iz okolnosti što su odnos vjerovnika i dužnika i odnos dužnika i trećeg dva zasebna odnosa, proizlazi da bi postojanje prava trećeg da se vjerovnikovu zahtjevu suprotstavi prigovorom zastare vjerovnikove tražbine od dužnika, predstavljalo iznimku od načela relativnosti obveznih odnosa, jer obveznopravni odnos u kojem je tražbina zastarjela postoji između vjerovnika i dužnika, a ne između vjerovnika i trećeg. Stoga odgovoru na pitanje pripada li trećem pravo na ovaj prigovor, doprinosi analiza iznimaka od načela relativnosti obveznih odnosa. Te iznimke određene su u ZOO-u i proizlaze iz tog Zakona. Obveznopravni odnosi mogu nastati na temelju zakona – izvanugovorni – i na temelju pravnih poslova. Kad nastaju na temelju zakona, među pretpostavkama nastanka uvijek je i neka radnja – u najširem smislu te riječi – osobe koja će biti dužnik. To na neki način podrazumijeva njenu volju ili barem pristanak za nastanak obveze prema određenoj osobi i to je vidljivo i kod izvanugovorne odgovornosti za štetu i kod posloводства bez naloga. Kad nastaju na temelju pravnog posla, za nastanak obveze nužan je pristanak osobe koja će biti dužnik i obveza uvijek nastaje prema određenoj osobi.

Iz toga proizlazi da bi stav kako trećem pripada prigovor zastare vjerovnikove tražbine od dužnika, podrazumijevao postojanje nekoga pravnog odnosa između vjerovnika i trećeg, bez da su za nastanak tog odnosa zakonom predviđene i faktički ispunjene pretpostavke postojanja i bez vjerovnikova pristanka na nastanak tog odnosa. Osim toga, kad je riječ o trećem, nužno je podsjetiti da je za pobožnost pravne radnje dužnika nužno i odgovarajuće sudjelovanje trećeg: njegovo znanje ili mogućnost znanja za oštećenje vjerovnika kod naplatnog dužnikova raspolaganja, što ga čini nesavjesnim u odnosu na vjerovnika. Dosljedno držimo da trećem ne pripada pravo na prigovor zastare vjerovnikove tražbine prema dužniku.

Na prvi pogled prigovor zastare vjerovnikove tražbine dužniku pripada.

Osim pojedinačnih pravila postoje i načela obveznog prava. Načelo savjesnosti i poštenja uzima se kao glavno načelo obveznog prava i ono imperativno nalaže savjesno i pošteno ponašanje već od upuštanja u pregovore, pa sve do potpunog ispunjenja obveza. Prema jedinstvenim stajalištima literature ono je upravljeno protiv formalne primjene prava i ima korektivnu funkciju u tom smislu što zahtjeva odstupanje od primjene pojedinog pravnog pravila, kad bi to bilo u korist strane koja je postupala protivno tom načelu. I na koncu, kao sankcija za njegovu povredu navodi se oduzimanje pravne zaštite.⁴⁰ Dužnikovo – primjerice - besplatno raspolaganje imovinom u korist trećeg kad je je dužnik znao da će posljedica tog

40 Komentar ZOO, op. cit., s. 13.; Obvezno pravo – opći dio, op. cit., s. 177.; Vizner, op. cit., s. 77.

raspolaganja biti vjerovnikova nemogućnost namirenja zbog nedostatnosti njegove imovine, može se već i samo ocijeniti kao postupanje protivno načelu savjesnosti i poštenja. A naročito ako bi uz to postojao i neki od postupaka koji su čvrsto prihvaćeni kao protivni načelu savjesnosti i poštenja, kao što je *venire contra factum proprium*. U takvim, primjerice navedenim, okolnostima držimo da bi i dužnikov prigovor zastare iz navedenih razloga bilo moguće odbiti i usvojiti zahtjev vjerovnika.

Ove stavove, koji proizlaze iz načela i pravila materijalnog prava, potrebno je dopuniti uzimajući u obzir pravila postupovnog prava.

Tužba radi pobijanja dužnikove pravne radnje podnosi se i protiv dužnika i protiv trećeg,⁴¹ a kako se – zbog prirode pravnog odnosa spor može riješiti samo na jednak način i prema dužniku i prema trećem – oni imaju položaj jedinstvenih suparničara.⁴² Posljednje, s postupovno pravnog stajališta, znači da se učinak parničnih radnji, što ih je poduzeo jedan suparničar, proteže i na drugog ili druge suparničare, makar on ili oni propustili poduzeti tu radnju. Neprijeporno je da kad dužnik prigovori zastari vjerovnikove tražbine prema njemu, a zastara te tražbine je zaista nastupila, tužbeni zahtjev treba odbiti, jer dužniku pripada prigovor zastare sa stajališta materijalnog prava i učinak tog prigovora treba biti protegnut i na trećeg sa stajališta postupovnog prava. Ali u slučaju da prigovor zastare stavi treći, a dužnik ga propusti staviti, pitanje je treba li taj prigovor uzeti protegnutim na dužnika odnosno uzeti kao da ga je stavio dužnik. Dosljedno bi i tada tužbeni zahtjev vjerovnika trebalo odbiti, naravno ako je zastara zaista nastupila.

Protiv tog gledišta može se istaći činjenica da je prigovor zastare materijalno pravni, a ne postupovno pravni prigovor. On je sastavni dio određenog obvezno-pravnog odnosa i proizlazi iz tog odnosa. Istekom zastarnog roka vjerovnik nije izgubio pravo niti je prestala dužnikova obveza, nego je vjerovnik samo izgubio zahtjev – mogućnost postizanja ispunjenja dužnikove obveze protiv njegove volje – a dužnik je stekao mogućnost djelotvornog suprotstavljanja. Ta mogućnost stoji dužniku na raspolaganju te je on može, ali i ne mora iskoristiti. Dapače, nakon isteka zastare, dužnik se prigovora zastare može i odreći. Zbog toga i k tome, u smislu učinaka jedinstvenog suparničarstva prigovor zastare ne može se uzeti *stricto sensu* kao parnična radnja. Nadalje u vidu treba imati i okolnost da je postupovno pravo u funkciji ostvarenja materijalnih prava, zbog čega pravila postupovnog prava ne trebaju intervenirati u materijalno pravne odnose protivno pravilima materijalnog prava. Ovdje bi, naime, stav da prigovor zastare vjerovnikove tražbine stavljen od strane trećeg koristi dužniku kao da ga je on stavio, zbog postupovnih pravila doveo do narušenja načela relativnosti obveznih odnosa kad to nije predviđeno niti proizlazi iz pravila materijalnog prava.

41 Čl. 69. st. 2. ZOO.

42 Čl. 201. Zakona o parničnom postupku, Sl. list SFRJ, br. 4/77., 36/77., 36/80., 69/82., 58/84., 74/87., 57/89., 20/90. i 35/91., NN., br. 53/91., 91/92., 58/93., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 84/08., 123/08., 57/11. i 148/11 (pročišćeni tekst).

S obzirom na to da u kontekstu ovog rada između instituta zastare i instituta prekluzije ne vidimo takvih razlika, koje bi opravdavale drukčiji stav u slučaju nastupa prekluzije dužnika u odnosu prema trećem, *mutatis mutandis* i tada treba primijeniti ono što je izloženo za slučaj zastare dužnikove tražbine prema trećem.

ACTIO PAULIANA, ZASTARA I PRIMARNE I SEKUNDARNE OBVEZE

Učinci obveznopравnih odnosa i tražbine mogu se podijeliti na primarne, temeljne ili namjeravane i na sekundarne, dodatne ili nenamjeravane. Kao primjer može poslužiti kupoprodajni ugovor: namjeravane su tražbine predaje stvari i plaćanja cijene, a nenamjeravana je tražbina naknade štete zbog povrede ugovora, npr. dužničkog ili vjerovničkog zakašnjenja. Ova nenamjeravana ili sekundarna tražbina može postojati uz primarnu ili samostalno, a potomje će biti slučaj kad je ugovor raskinut uz odgovornost jedne strane. Raskidom su prestale primarne obveze, ali je ostala sekundarna obveza strane odgovorne za raskid da drugoj strani naknadi štetu. Također, primarna obveza može zastarijeti, dok sekundarna još nije zastarijela, a primjer je upravo trgovački kupoprodajni ugovor.

S takvim situacija u vezi postavlja se najprije pitanje odnosi li se *actio pauliana* samo na primarne ili i na sekundarne tražbine – npr. zateznih kamata i naknade štete – a zatim i pitanje može li se *actio pauliana* učinkovito podnijeti radi ispunjenja sekundarne obveze nakon što je primarna obveza zastarijela ili prestala.

Po mišljenju autora odgovor na prvo pitanje treba biti potvrđan. Istina je da se obveze mogu i trebaju podijeliti na primarne i sekundarne. Također je istina da se sekundarne obveze nužno ne nalaze u istome pravnom položaju kao i primarne, jer – primjerice – raskid ugovora zbog dužnikova zakašnjenja moguć je bez obzira na razlog zakašnjenja, a za odgovornost za štetu zbog zakašnjenja dužnika ugovorne obveze nužno je da zakašnjenje nije posljedica više sile. No, sekundarne obveze ne mogu postojati bez primarnih i – dapače – one proizlaze iz primarnih obveza i posljedica su povrede tih obveza. Drugim riječima, npr. zatezne kamate i odgovornost za štetu zbog povrede ugovora, sastavni su dio učinaka obveze plaćanja odnosno – u drugom slučaju – primarnih ugovornih obveza. Ili, najjednostavnije, i sekundarne su obveze dio učinaka obveza, te upravo stoga *actio pauliana* treba obuhvatiti i sekundarne a ne samo primarne tražbine.

Za odgovor na drugo pitanje potrebno je prvo razlikovati sekundarne od sporednih ili akcesornih obveza, pri čemu treba napomenuti kako jedna obveza može biti istodobno i sekundarna i sporedna, npr. obveza plaćanja zateznih kamata. Dok sekundarne obveze mogu postojati i nakon prestanka glavne, sporedne odnosno akcesorne u kontekstu zastare dijele pravnu sudbinu glavnih obveza, jer zastarom glavne tražbine zastarijevaju i sporedne tražbine, kao što su tražbine kamata, plodova, troškova i ugovorne kazne.⁴³ To dovodi do zaključka da zastarom glavne

43 Čl. 223. ZOO.

vjerovnikove tražbine prestaju i navedene sporedne tražbine, zbog čega se nakon nastupa zastare glavne vjerovnikove tražbine *actio pauliana* ne može učinkovito odnositi na te sporedne tražbine.

No, u slučaju prestanka glavne vjerovnikove tražbine na drugi način – npr. ispunjenjem ili prijebojem – te sporedne tražbine mogu postojati i dalje, te se *actio pauliana* može odnositi i na njih. Isto vrijedi i za one sekundarne tražbine koje se ne mogu uzeti kao sporedne, npr. tražbina naknade štete zbog zakašnjenja dužnika ugovorne obveze. Budući da je objektivni zastarni rok zahtjeva za naknadu štete pet godina, a za tražbine iz trgovačkih ugovora tri godine, moguće je zamisliti situaciju u kojoj je primarna tražbina iz takvog ugovora zastarijela, a tražbina naknade štete zbog zakašnjenja dužnika iz takvog ugovora nije. Tada bi – jednako kao i ako bi primarna tražbina prestala, npr. ispunjenjem ili raskidom ugovora – *actio pauliana* mogla biti učinkovito podnesena radi vjerovnikove tražbine naknade štete, što znači da se eventualni prigovor zastare primarne tražbine vjerovnika, ili njenog nepostojanja, ne bi mogao odnositi i na tražbinu naknade štete.

Razlog ovome stavu leži u činjenici što u primjeni instituta pobijanja dužnikovih pravnih radnji glede ovog pitanja ne smiju postojati drukčija pravila od pravila koja postoje u odnosu vjerovnika i dužnika, a ta pravila dopuštaju postojanje sekundarnih odnosno sporednih obveza i kad je primarna obveza prestala i u pravilu predviđaju zaseban tijek zastarnih rokova za sekundarne obveze.

ZASTARA U ODNOSU VJEROVNIKA I PRIBAVITELJA OD TREĆEG

Vjerovnikovo pravo pobijanja dužnikove pravne radnje ne proteže se samo na treću osobu s kojom je dužnik u nekom pravnom odnosu – je li uvijek u pravnom odnosu – ili – prema kojoj je treći raspolagao imovinom – nego se može protezati i dalje, na osobu kojoj je treći otuđio korist pribavljenu pobojnim pravnom radnjom dužnika. Tužba kojom se pobijaju učinci dužnikove pravne radnje može se podići i protiv osobe koja je od trećeg pribavila korist. Prva pretpostavka osnovanosti vjerovnikova zahtjeva svakako se sastoji u ispunjenju pretpostavki pobojnosti dužnikove pravne radnje. Kad je riječ o naplatnom raspolaganju od strane trećeg prema pribavitelju, druga je pretpostavka znanje trećeg za pobojnost stjecanja od strane trećeg, a kad je riječ o besplatnom raspolaganju, daljnjih pretpostavki nema, nego je dovoljno ispunjenje prve pretpostavke.⁴⁴

I u ovom slučaju mogu se postaviti pitanja učinaka nastupa zastare vjerovnikove tražbine od dužnika, dužnikove tražbine od trećeg i tražbine trećeg od njegova pribavitelja. Drugim riječima, pripada li pribavitelju od trećeg, u odnosu na vjerovnika, pravo na prigovor zastare.

Glede prigovora zastare dužnikove tražbine od trećeg, koji bi pribavitelj stavio vjerovniku, držimo da treba zauzeti isto gledište kakvo je zauzeto glede prava

44 Čl. 69. st. 3. ZOO.

trećeg da se vjerovnikovu zahtjevu suprotstavi prigovorom zastare tražbine koju dužnik ima prema njemu, dakle, gledište da to pravo ne pripada ni pribavitelju od trećeg. Razlozi za ovo gledište izloženi su naprijed, na odgovarajućem mjestu, a treba im dodati i okolnost što se naplatno raspolaganje trećeg u korist pribavitelja može pobijati samo ako je treći znao za pobojnost dužnikova raspolaganja, a ne i ako je mogao znati za to, što je dovoljno za pobojnost naplatnog raspolaganja od strane dužnika. Budući da ovdje za pobojnost nije dovoljno da je pribavitelj od trećeg samo mogao znati za pobojnost dužnikova raspolaganja – nego je nužno da je za to znao – pribavitelj od trećeg treba biti zaštićen od vjerovnikova zahtjeva još u manjoj mjeri od mjere u kojoj je zaštićen treći. To znači da mu pravo prigovora zastare dužnikove tražbine od trećeg ne pripada.

ROKOVI ZA PODIZANJE ACTIO PAULIANA

Prema izričitoj odredbi ZOO tužba radi pobijanja dužnikova naplatnog raspolaganja – osim prema srođnicima tj. osim u slučaju obiteljske paulijanske tužbe – može se podići u roku od jedne godine, a u svim ostalim slučajevima u roku od tri godine.⁴⁵ Ti rokovi imaju prekluzivni karakter i kad isteknu vjerovnik je izgubio pravo pobijati dužnikovu pravnu radnju.⁴⁶ Oni su objektivni – a ne subjektivni - već i prema izričaju odredbi ZOO, što uočava i sudska praksa.⁴⁷

Rokovi teku od dana poduzimanja dužnikove radnje koja je dovela do njegova osiromašenja i koja se pobija, a ako je dužnik osiromašen zbog propuštanja da poduzme određenu radnju, onda od dana kad je trebao poduzeti propuštenu radnju (koja bi spriječila osiromašenje),⁴⁸ što se u literaturi tumači kao zadnji dan kojeg je još ta radnja mogla biti poduzeta.⁴⁹

Posljednje tumačenje vrlo je važno, te je potrebno objasniti ga i na primjerima prikazati njegove implikacije.

Pretpostavimo da je dužnik osiromašen protupravnim oduzimanjem pokretne stvari visoke vrijednosti (ogrlice), koju mu je fizički jača osoba jednostavno oduzela otrgnućem s vrata. Prvo je pitanje trenutka u kojem je dužnik osiromašen. U času protupravnog oduzimanja stvari dužniku je pripao vlasnički zahtjev za predaju te stvari u posjed,⁵⁰ te on nije osiromašen jer je tražbina predaje te stvari postala

45 Čl. 71. st. 1. ZOO.

46 Komentar ZOO, op. cit., s. 117. Tako i Vizner, op. cit., s.1136., uz napomenu da se ovdje izričito navodi kako je to materijalni a ne postupovni prekluzivni rok.

47 Odluka VSRH, Rev-82/08 od 29. listopada 2008., dostupna na: <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra/> (30.11.2011.).

48 Čl. 71. st. 2. ZOO.

49 Komentar ZOO, s. 117.

50 Čl. 161. st. 1. i 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09.

sastavni dio njegove imovine.⁵¹ Istovremeno, budući da vlasnički zahtjev za predaju stvari u posjed ne zastarijeva, zadnji dan do kojeg se propuštena radnja mogla poduzeti neće postojati i dužnik uopće neće biti osiromašen. Dosljedno tome, prekluzivni rok za paulijansku tužbu neće ni početi teći.

U drugome hipotetičnom primjeru dužnik je osiromašen tako što je kao kupac od trećeg kupio određenu stvar i platio je, a propustio je trećeg pravovremeno obavijestiti o materijalnim nedostacima koji stvar čine bezvrijednom. U tom primjeru dužnika se može uzeti osiromašenim u trenutku isteka prekluzivnog roka za obavješćivanje o nedostacima, jer je u tom trenutku izgubio sva prava koja mu inače pripadaju zbog nedostataka kupljene stvari. U tom istom trenutku kupčevu tj. dužnikovu vjerovniku počinje teći prekluzivni rok za *actio pauliana*.

51 O imovini i njenom sastavu v. detaljnije Obvezno pravo – opći dio, op. cit., s. 120. – 121.

Summary

ON PRESCRIPTION AND PRECLUSION IN A PAULIAN ACTION

Within the context of the institute of contestation of debtor's legal transactions, prescription as well as preclusion may arise as issues within the creditor-debtor relationship and the relationship between debtor and third person to whom a debtor had transferred some assets.

Having in mind that sometimes it is possible to have prescription of debtor's claim in legal transactions between the debtor and the third party, the authors discuss whether it is possible for the third party to effectively object to the creditor's claim contesting debtor's legal transaction with a complaint of prescription of the debtor's claim towards the third party. Besides with this legal question, the article deals with the issue whether the creditor is precluded from contesting the debtor's legal transaction due to the fact that preclusion of the debtor's right towards the third party has occurred.

Prescription and preclusion can be acquired within the creditor-debtor relationship. In case if creditor's claim is prescribed, and he has filled the civil action against debtor's legal transaction after the acquiring of prescription, is it possible for the third party to successfully object the *actio pauliana*? If the creditor loses a subjective right against the debtor due to expiration of preclusive period of time, is it possible to effectively object *actio pauliana* filled after the preclusion with a complaint due to loss of rights no matter if debtor's rights had been precluded against the third party?

No less important are the issues of application of *actio pauliana*, i.e. may it be submitted only for primary or as well as for secondary claims, and may it be submitted to obtain the performance of secondary obligation after the primary obligation had prescribed or had been completed.

In this article the authors offer answers to above raised issues taking into consideration not only the individual legal rules that govern the individual legal institutes in question, rather putting the rules within the context of principles of civil obligations law, especially the principle of conscience and honesty. After a deep analysis of principles and rules of material law, the authors scrutinise the rules of civil procedure and comparative material law and present their conclusions.

Key words: *prescription, preclusion, contestation of debtor's legal transactions, Paulian action.*

Zusammenfassung

**ÜBER VERJÄHRUNG UND PRÄKLUSION BEI
PAULIANISCHER ANFECHTUNGSKLAGE**

Im Kontext des Instituts von Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners können Verjährung und Präklusion sowohl im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner als auch im Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Dritten, die etwas aus dem Schuldnervermögen erworben hat, auftreten.

Da es manchmal möglich ist, dass auch bei Rechtsgeschäften zwischen dem Schuldner und der Dritten die Verjährung der Schuldnerforderung auftritt, stellt sich die Frage, ob sich der Dritte dem Antrag des Gläubigers auf Anfechtung von Rechtshandlung des Schuldners durch Einrede der Verjährung von Forderung, die der Gläubiger gegen den Dritten hat, einwirkungsvoll widersetzen kann. Außer der genannten Frage, ist der Gegenstand dieser Arbeit auch die Frage, ob der Gläubiger mit seinem Antrag auf Anfechtung von Rechtshandlung des Schuldners präkludiert ist, weil die Präklusion des Schuldnersrechtes gegen den Dritten aufgetreten ist.

Auch im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner kann es zur Verjährung und Präklusion kommen. Falls die Forderung des Gläubigers verjährt wurde, und, falls er nach dem Verjährungsauftritt die Anfechtungsklage gegen die Rechtshandlung des Schuldners erhoben hat, stellt sich die Frage, ob sich der Dritte durch Einrede der Verjährung der paulianischen Anfechtungsklage erfolgreich widersetzen kann. Kann sich der Gläubiger, falls er wegen Ablauf der Präklusionsfrist sein subjektives Recht gegen den Schuldner verliert, der paulianischen Anfechtungsklage durch Einrede wegen Rechtsverlust, unabhängig davon, ob die Präklusion des Rechtes des Schuldners gegen den Dritten aufgetreten ist, erfolgreich widersetzen?

Nicht wenig wichtig sind die Fragen, ob sich *actio Pauliana* nur auf primäre oder auch auf sekundäre Forderungen bezieht, und, ob *actio Pauliana* wegen Erfüllung sekundärer Verpflichtung nach der Verjährung oder nach dem Erlöschen primärer Verpflichtung erfolgreich erhoben werden kann.

Die Autoren finden in dieser Arbeit die Antworten auf diese Fragen, wobei sie nicht nur einzelne Regeln, nach denen die genannten Rechtsinstitute geregelt werden, in Betracht ziehen, sondern sie stellen dieselben Fragen in den Kontext des Prinzips des Schuldrechtes, insbesondere des Prinzips von Gewissenhaftigkeit und Aufrichtigkeit. Die aus den Prinzipien und Regeln des materiellen Rechtes hervorgegangenen Einstellungen werden bezüglich der Regeln des sowohl Verfahrensrechtes als auch des vergleichenden materiellen Rechtes ergänzt.

Schlüsselwörter: *Verjährung, Präklusion, Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners, paulianische Anfechtungsklage.*

Riassunto

DELLA PRESCRIZIONE E DELLA DECADENZA NELL'*ACTIO PAULIANA*

All'interno della fattispecie della revocazione degli atti di disposizione patrimoniale posti in essere dal debitore, tanto la prescrizione, quanto la decadenza possono trovare luogo sia nel rapporto tra creditore e debitore, che nel rapporto intercorrente tra il debitore ed un terzo che abbia acquistato un qualcosa dal patrimonio del debitore.

Posto che talvolta è possibile che in un negozio giuridico tra il debitore ed il terzo la prestazione sia soggetta a prescrizione, ci si interroga se il terzo possa opporsi alla pretesa del creditore volta alla revocazione dell'atto di disposizione posto in essere dal debitore, invocando all'uopo l'intervenuta prescrizione della prestazione del debitore nei confronti del terzo. Oltre a ciò, costituisce tema d'indagine del presente lavoro anche la questione se il creditore decada dall'azione volta ad invalidare l'atto di disposizione posto in essere dal debitore, quando il debitore sia decaduto dal suo diritto nei confronti del terzo.

La prescrizione e la decadenza possono intervenire anche nel rapporto intercorrente tra il creditore ed il debitore. Qualora la pretesa del creditore sia prescritta e costui dopo l'intervenuta prescrizione ha agito per ottenere la revocazione dell'atto di disposizione posto in essere dal debitore, può il terzo opporsi con successo all'*actio pauliana* invocando l'intervenuta prescrizione? Qualora il creditore in ragione dell'intervenuta decadenza perda il diritto soggettivo che vanta nei confronti del debitore, è possibile opporsi all'*actio pauliana* esperita a decadenza intervenuta invocando la perdita del diritto indipendentemente dal fatto se sia o no intervenuta la decadenza del diritto del debitore nei confronti del terzo?

Non meno importante è la questione se l'*actio pauliana* si riferisce soltanto alle pretese principali o anche a quelle accessorie; ovvero se l'*actio pauliana* possa essere utilmente esperita al fine dell'adempimento dell'obbligazione accessoria allorquando l'obbligazione principale sia prescritta o decaduta.

A dette questioni gli autori trovano risposta prendendo in considerazione non soltanto le singole regole che disciplinano gli istituti giuridici in esame, bensì inserendo le regole medesime nel contesto dei principi del diritto delle obbligazioni; in particolare, nel contesto dei principi di diligenza e correttezza. Gli autori integrano le conclusioni che si evincono dall'esame dei principi e delle regole del diritto sostanziale prendendo altresì in considerazione le regole del diritto processuale, come anche quelle di diritto sostanziale comparato.

Parole chiave: *prescrizione, decadenza, revocazione degli atti di disposizione del debitore, actio pauliana.*

POTPORE KOMUNALNOM DRUŠTVU ZA IZGRADNJU KOMUNALNE INFRASTRUKTURE I PRIMJENA POREZA NA DODANU VRIJEDNOST

Dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.22:351.824.11
Ur.: 9. veljače 2012.
Pr.: 24. veljače 2012.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Potporama se često financiraju djelatnosti od općeg značenja za društvo, posebno djelatnosti komunalnih društava koja dobivena sredstva mogu koristiti u različite svrhe. Najčešće je cilj potpora dodijeljenih komunalnim društvima financiranje izgradnje komunalne infrastrukture, iako mogu biti namijenjene financiranju redovitog poslovanja. Iz prakse poreznih tijela proizlazi prijepor zbog mogućeg različitog poreznog tretmana državnih potpora, budući da može biti dvojbeno pruža li društvo za primljenu potporu protuuslugu ili ne. Domaće sudske prakse nema u tom području, no postoje primjeri inozemne sudske prakse. Brojna je praksa domaćih poreznih, što potvrđuju i javno objavljena mišljenja koja nisu izvor prava, no jesu pokazatelj stavova poreznih tijela ovlaštenih na primjenu zakonskih i podzakonskih normi.

Ključne riječi: *potpore, komunalna društva, porez na dodanu vrijednost, oporeziva usluga, praksa poreznih tijela, gospodarski pristup.*

1. UVODNO RAZMATRANJE

Problematika strukture i načina financiranja lokalnih jedinica podrazumijeva gotovo pretežito pitanja financiranja lokalnih javnih usluga uključujući kompleksna pitanja gradnje komunalne infrastrukture. Već odavno prepoznati trendovi fiskalne decentralizacije i urbanizacije donijeli su značajne promjene u području lokalnih jedinica vlasti budući da su u njihovu nadležnost stavljene brojne javne usluge. Opsežnu decentralizaciju javnih rashoda trebala je pratiti i decentralizacija prihoda s ciljem omogućavanja deklarirane autonomije lokalnih vlasti.¹ Aktualnost

¹ Bajo, Anto i Bronić, Mihaela, *Mogu li sve općine i gradovi u Hrvatskoj pružati adekvatne javne usluge?*, Newsletter, Institut za javne financije, broj 30, rujan 2007., dostupno na <http://www.ijf.hr/newsletter/30.pdf>., Vidi i, Mauhar, Branka, *Fiskalni kapacitet jedinica lokalne*

problematike strukture i načina financiranja lokalnih javnih usluga potvrđuje se kroz brojne znanstvene i stručne radove iz toga područja koji ukazuju na kompleksnost pitanja koja navedena problematika obuhvaća, a posebice nakon donošenja Zakona o komunalnom gospodarstvu kao i njegovih kasnijih izmjena.² Tako se posebno mogu izdvojiti dvije važne zadaće jedinica lokalne samouprave i uprave u današnjem financijskom sustavu. Jedna se odnosi na financiranje javnih potreba koje su lokalne jedinice dužne izvršiti prema odredbama Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi³ te na temelju instrumenata financiranja predviđenih istim zakonom. Druga se odnosi na financiranje komunalnih djelatnosti.⁴

2. UKRATKO O FINANCIRANJU KOMUNALNE DJELATNOSTI

Komunalnom djelatnošću koja je od velikog značaja za sve fizičke i pravne osobe bave se komunalna društva. Pojam komunalne djelatnosti definiran je Zakonom o komunalnom gospodarstvu. Komunalno gospodarstvo, sukladno odredbama Zakona o komunalnom gospodarstvu, podrazumijeva obavljanje komunalnih djelatnosti, a posebno pružanje komunalnih usluga od interesa za fizičke i pravne osobe, te financiranje građenja i održavanje objekata i uređaja komunalne infrastrukture kao cjelovitog sustava na području općina i gradova te županija kada je to određeno zakonom.

Komunalne se djelatnosti obavljaju kao javna služba pri čemu su jedinice lokalne samouprave te pravne i fizičke osobe koje obavljaju komunalne djelatnosti obvezne osigurati trajno i kvalitetno obavljanje komunalnih djelatnosti, održavanje komunalnih objekata i uređaja u stanju funkcionalne sposobnosti, obavljanje komunalnih djelatnosti na načelima održivog razvoja te javnost rada.

U smislu zakonskih odredbi komunalne djelatnosti su opskrba pitkom vodom, odvodnja i pročišćavanje otpadnih voda, prijevoz putnika u javnom prometu, održavanje čistoće, odlaganje komunalnog otpada, održavanje javnih površina, održavanje nerazvrstanih cesta, tržnice na malo, održavanje groblja i krematorija i prijevoz pokojnika, obavljanje dimnjačarskih poslova te javna rasvjeta.⁵

i područne (regionalne) samouprave u Republici Hrvatskoj, „Promjene u sustavu javnih prihoda: Zbornik radova sa znanstvenog skupa održanog 27. ožujka 2003. u Zagrebu“, Zagreb, 2003., str. 189-201.

- 2 Zakon o komunalnom gospodarstvu, NN 36/95, 70/97, 128/99, 57/00, 129/00, 59/01, 26/03, 82/04, 110/04, 178/04, 38/09, 79/09, 49/11 (dalje u tekstu: Zakon o komunalnom gospodarstvu), Zakon o cestama, NN 84/11, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju i gradnji NN 90/11.
- 3 Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, NN 33/01, NN 60/01, NN 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 150/11.
- 4 Vidi detaljnije rad autora, Šimović, Jure i Rogić Lugarić, Tereza, Neka obilježja cijene komunalnih usluga kao instrument financiranja komunalnih djelatnosti, Zbornik radova u povodu 80. godišnjice života prof. emeritusa Božidara Jelčića, Zagreb, 2010., str. 389-412., Šimović, Jure, Financijska politika i organizacija u komunalnom javnom gospodarstvu“, Zbornik Pravnog fakulteta, vol. 45., br. 6, Zagreb, Pravni fakultet, 1995., str. 663.
- 5 Zakon o komunalnom gospodarstvu, Zakon o cestama, NN 84/11, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju i gradnji NN 90/11.

Zakonom je propisano da komunalne djelatnosti mogu obavljati trgovačko društvo koje osniva jedinica lokalne samouprave, javna ustanova koju osniva jedinica lokalne samouprave, služba – vlastiti pogon, koju osniva jedinica lokalne samouprave, pravna i fizička osoba na temelju ugovora o koncesiji te pravna i fizička osoba na temelju ugovora o povjeravanju komunalnih poslova. Ukoliko jedinica lokalne samouprave ne može samostalno osigurati obavljanje komunalnih djelatnosti, odlukom svoga predstavničkog tijela obavljanje ovih poslova može povjeriti drugoj jedinici lokalne samouprave na području iste ili druge županije na temelju pisanog ugovora.

Kada se sustav komunalne infrastrukture proteže na području više jedinica lokalne samouprave unutar jedne ili više županija, te čini jedinstvenu i nedjeljivu funkcionalnu cjelinu, jedinice lokalne samouprave obvezne su organizirati zajedničko obavljanje komunalnih djelatnosti putem trgovačkih društava u svom suvlasništvu.⁶

Komunalnu djelatnost opskrbe pitkom vodom, odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda može obavljati i trgovačko društvo u pretežitom vlasništvu države, odnosno županije, kada se ta djelatnost obavlja za područje ili dijelove područja više jedinica lokalne samouprave putem magistralnih sustava u vlasništvu toga društva. Uvjeti i način obavljanje tih poslova utvrđuju se ugovorom s jedinicom lokalne samouprave.

Zakon propisuje da jedinica lokalne samouprave u trgovačkom društvu, odnosno jedinice lokalne samouprave u trgovačkim društvima, koja obavljaju komunalne djelatnosti i čiji su osnivači, drže većinski dio dionica, odnosno udjela. Upravo navedena trgovačka društva obavljaju najveći broj komunalnih usluga.

Komunalna djelatnost ima specifična obilježja koja proizlaze i iz naravi usluga koje se njima pružaju i iz činjenice da ima zakonom propisane izvore financiranja. Zakon o komunalnom gospodarstvu propisuje u glavi IV. prihode za obavljanje komunalnih djelatnosti. Uređujući izvore prihoda, Zakon propisuje da se sredstva za obavljanje komunalnih djelatnosti osiguravaju iz cijene komunalne usluge, komunalne naknade, proračuna jedinice lokalne samouprave te iz drugih izvora po posebnim propisima.⁷

Iz cijene komunalne usluge osiguravaju se sredstva za obavljanje komunalnih djelatnosti i to: opskrba pitkom vodom, odvodnja i pročišćavanje otpadnih voda, osim odvodnje atmosferskih voda, prijevoz putnika u javnom prometu, održavanje čistoće u dijelu koji se odnosi na skupljanje i odvoz komunalnog otpada, odlaganje komunalnog otpada, tržnice na malo, prijevoz pokojnika i obavljanje dimnjačarskih poslova.

Cijena komunalne usluge može sadržavati i iznos za održavanje i financiranje gradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture na području ili za potrebe jedinice lokalne samouprave na kojemu se isporučuje komunalna usluga, u skladu sa, zakonom uređenim programom gradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture.

6 Vidi, čl. 4. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

7 Vidi, čl. 19. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

U tom se slučaju iznos za financiranje gradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture u računu za isporučenu komunalnu uslugu iskazuje posebno i ta se sredstva doznaju u proračun jedinice lokalne samouprave prema posebno uređenom postupku, a mogu se upotrebljavati isključivo za te namjene.

Korisničke naknade pokazuju se prikladnim instrumentom financiranja svih usluga s obilježjima privatnih javnih dobara i najbolja su alternativa lokalnim porezima, između ostaloga i zbog činjenice da omogućuju izravnu vezu između trošenja i dobiti. U korisničke naknade, po svojim obilježjima, možemo uvrstiti i cijenu komunalnih usluga. No, cijena komunalnih usluga ima dvojaku narav: s jedne strane služi financiranju izvršenja pojedinih komunalnih djelatnosti gdje je moguća individualizacija troškova poslovanja, dok s druge temeljem zakonskih odredba predstavlja i izvor financiranja građenja objekata i uređenja komunalne infrastrukture. No, kada se cijena komunalnih usluga koristi i za izgradnju komunalne infrastrukture, praksa pokazuje da su takvi izvori nedostadni dok u praksi često nije jasno naznačeno je li taj namjenski dio uveden. U proračunima često takvi prihodi nisu izravno vezani s rashodima za financiranje kojih su uvedeni.

Komunalna naknada prihod je proračuna jedinice lokalne samouprave, a sredstva komunalne naknade namijenjena su financiranju obavljanja komunalnih djelatnosti: odvodnja atmosferskih voda, održavanje čistoće u dijelu koji se odnosi na čišćenje javnih površina, održavanje javnih površina, održavanje nerazvrstanih cesta, održavanje groblja i krematorija te javna rasvjeta. Sredstva prikupljena komunalnom naknadom, odlukom predstavničkog tijela jedinice lokalne samouprave mogu se upotrijebiti i u svrhu održavanja objekata školskoga, zdravstvenog i socijalnog sadržaja. Zakon utvrđuje da je izgradnja objekata i uređaja komunalne infrastrukture od interesa za Republiku Hrvatsku.

Zakon posebno propisuje i uređuje pitanje financiranja građenja objekata i uređaja komunalne infrastrukture za javne površine i nerazvrstane ceste, na način da su kao izvori financiranja posebno predviđeni komunalni doprinos, proračun jedinice lokalne samouprave, naknade za koncesiju te drugi izvori utvrđeni posebnim zakonom.⁸

Građenje objekata i uređaja komunalne infrastrukture i nabava opreme za opskrbu pitkom vodom, odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda financira se iz cijene komunalne usluge, naknade za priključenje, proračuna jedinice lokalne samouprave, naknade za koncesije te drugih izvora utvrđenih posebnim zakonom.⁹ Građenje objekata i uređaja komunalne infrastrukture i nabava opreme za prijevoz putnika, održavanje čistoće, odlaganje komunalnog otpada, tržnice na malo financira se iz cijene komunalne usluge, proračuna jedinice lokalne samouprave, naknade za koncesije i drugih izvora utvrđenih posebnim zakonom.¹⁰

Analize poslovanja komunalnih društava¹¹ ukazuju na problem koji je prisutan na višoj razini, odnosno, na nedostatnost sredstava financiranja lokalnih jedinica.

8 Vidi, čl. 30. istog Zakona.

9 Čl. 30. st. 2.

10 Čl. 30. st. 3.

11 Bajo, Anto, Primorac, Marko, *Financijsko poslovanje lokalnih komunalnih trgovačkih društava*, Newsletter, br. 52., 2010., <http://www.ijf.hr/newsletter/52.pdf>.

U znanstvenoj i stručnoj literaturi već se duže vrijeme inzistira na neophodnom razmatranju budućih modaliteta financiranja javnih rashoda na lokalnoj razini.¹² U tom smislu jedan od pokazatelja narušene strukture javnih prihoda lokalnih jedinica može se naći i u sve većoj zaduženosti, lokalnih jedinica,¹³ ali i komunalnih društava i u sve većoj prisutnosti potpora¹⁴ kao prihoda komunalnih društava kojima te jedinice izvršavaju zakonom im povjerene zadaće.

3. POTPORE KAO INSTRUMENT FINANCIRANJA GRADNJE KOMUNALNE INFRASTRUKTURE

Potporama se pomažu djelatnosti od općeg značaja za društvo. U velikom broju slučajeva, praksa potvrđuje da je cilj potpora dodijeljenih komunalnom društvu financiranje izgradnje komunalne infrastrukture.¹⁵

Stoga danas veliki dio prihoda komunalnih društava čine (državne) potpore. Državne potpore usmjerene su na stavljanje pojedinih poduzetnika ili sektora u povoljniji položaj različitim izravnim ili neizravnim oblicima financijske potpore.

Smatra se da je riječ o državnoj potpori kada su ispunjene tri pretpostavke: određene gospodarske prednosti daju se nekom poduzetniku, potpora se daje selektivno, odnosno samo određenim poduzetnicima ili samo za određene proizvode te postojanje mogućnosti narušavanja tržišnog natjecanja.

Državne potpore pojavljuju se u dva temeljna oblika: izravne i neizravne državne potpore. To mogu biti izravna bespovratna novčana davanja ili određene državne mjere koje poduzetniku olakšavaju financijske obveze. Državne potpore mogu biti u obliku izravnih državnih novčanih pomoći, poreznih olakšica, smanjenja uplata za socijalna davanja, kredita s kamatama nižima od tržišnih, državnih jamstava, prodaje robe i usluga ispod tržišne cijene, prodaje državnog zemljišta ispod tržišne cijene, kupnje robe i usluga po cijenama višima od tržišnih, investicija koje nisu u skladu s tržišnim načelima, oprosta dugova i sl.

S obzirom na oblik pojavljivanja jednako razlikujemo i učinke primjene potpora, budući da potpore mogu imati izravni i neizravni učinak na tržišno natjecanje. Iako državne potpore imaju i negativne učinke ipak su državne potpore dopuštene, u zakonom utvrđenim slučajevima, i imaju pozitivne učinke. Osim što su dopuštene državne potpore socijalnog obilježja, potpore vezane uz sanaciju šteta od elementarnih nepogoda i otklanjanja poteškoća u gospodarstvu, potpore gospodarski nerazvijenim područjima i područjima u kojima je životni standard stanovništva

12 Vidi, npr. Jelčić, Barbara, Decentralizacija i financijska autonomija u RH, „Hrvatska pred vratima EU: Fiskalni aspekti: Zbornik radova znanstvenog skupa održanog 8. studenog 2005. u Zagrebu, Zagreb, 2005., str. 281-292.

13 Mauhar, Branka, Zaduživanje jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave u RH, „Hrvatska pred vratima EU: Fiskalni aspekti: Zbornik radova znanstvenog skupa održanog 8. studenog 2005. u Zagrebu, Zagreb, 2005., str. 221-231.

14 Koriste se i pojmovi. Naknada, kapitalna pomoć, donacija, i dr.

15 Iako jednim dijelom mogu služiti i financiranju redovita poslovanja komunalnog društva.

izuzetno nizak, potpore vezane uz promicanje kulture i zaštitu kulturne baštine, to su i potpore poduzetnicima čije bi obavljanje službe od javnog interesa bez potpore bilo nemoguće ili pak potpore komunalnim društvima koja obavljaju djelatnosti od općeg interesa.

Zakonom o državnim potporama definirani su kao mogući davatelji državne potpore Republika Hrvatska putem ovlaštenih pravnih osoba i središnjih tijela državne uprave, jedinice lokalne samouprave, jedinice područne (regionalne) samouprave te svaka pravna osoba koja dodjeljuje ili upravlja državnim potporama u smislu zakona dok su korisnici državne potpore, pravne i fizičke osobe koje, obavljajući gospodarsku djelatnost, sudjeluju u prometu roba i usluga.¹⁶

Kada je riječ o komunalnim društvima davatelji potpore su osnivači društva, odnosno tijela lokalne samouprave, općine ili gradovi, koji sredstva isplaćuju iz svog proračuna na račun komunalnog društva kao poduzetnika. Dok se novčane potpore najčešće javljaju kao transferi sredstava, bespovratni zajmovi ili zajmovi s niskom ili nultom kamatnom stopom nenovčane potpore se daju kroz ustupanje raznih resursa poput nekretnina i smanjenje obveza prema tijelima vlasti.

Računovodstveni aspekt državnih potpora komunalnim društvima podrazumijeva odabir između kapitalnog i dobitnog pristupa. Kod kapitalnog pristupa potpora se smatra prvenstveno financijskim instrumentom te kao takva treba biti prikazana u financijskom izvještaju društva. Kako nema otplate potpore u pravilu se to treba priznati izvan dobitka ili gubitka. Budući da potpora, prema zagovornicima kapitalnog pristupa nije naknada za uslugu ili dobro to se ne priznaje kao dobitak ili gubitak, već se odobrava u korist udjela dioničara društva.

Ipak, pristalice dobitnog pristupa ističu kako potpore nisu primitak od dioničara te ih treba prikazati kao dobitak ili gubitak, i to u razdobljima u kojima primatelj potpore troškove pokrivena potporom priznaje kao rashod. Dakle, potpore se priznaju u dobitak ili gubitak na sustavnoj osnovi kroz razdoblja u kojima nastaju troškovi koje ona pokriva, a ne u trenutku primitka potpore.¹⁷

3.1. Potpore komunalnom društvu za izgradnju komunalne infrastrukture i primjena poreza na dodanu vrijednost

Kod davanja, odnosno primanja potpora komunalnom društvu potrebno je ispravno odrediti svrhu tih financijskih sredstava. Naime, primljene potpore mogu predstavljati plaćanje za određenu uslugu koju društvo obavlja za osnivača, no može se raditi i o transferima u investicijske svrhe.

Potpore u investicijske svrhe znače financiranje društva u izgradnji infrastrukture ili nabavci dugotrajne imovine. Najčešće je takva infrastruktura vlasništvo

16 Zakon o državnim potporama, NN 140/05 i 49/11, Vidi i, Uredba o državnim potporama (NN 50/06), Odluka o objavljivanju popisa pravila o državnim potporama (NN 12/09).

17 Vidi, opširnije Vuk, Jasna, Posebnosti u godišnjem obračunu komunalnih društava i drugih korisnika državnih potpora za 2011., Računovodstvo, revizija i financije, br. 2., 2012., str. 98-108.

komunalnog društva i kao takva je evidentirana u poslovnim knjigama komunalnog društva.

Tako, u literaturi nalazimo da, „*Iako je danas praksa glede ovog pitanja vrlo različita, prevladavaju slučajevi da se objekti i uređaji komunalne infrastrukture nalaze u vlasništvu trgovačkih društava koja ih grade i održavaju.*”¹⁸ Pri tome „*kao prednost sustava vlasništva objekata i uređaja komunalne infrastrukture od strane pravnih osoba - trgovačkih društava (odnosno ustanova), ističe se mogućnost investiranja u izgradnju novih objekata i uređaja komunalne infrastrukture koristeći pogodnosti odbijanja pretporeza u sustavu PDVa, što investicije izgradnje tih objekata i uređaja čini jeftinijima u odnosu kada bi investitor bile JLS (koje nisu u sustavu PDVa), te što je jedan od osnovnih razloga zbog kojih se u praksi preferira navedeni sustav vlasništva objekata i uređaja komunalne infrastrukture.*“¹⁹

Kada komunalno društvo pruža usluge korisniku usluga, tj. općini ili gradu poput usluge javne rasvjete, čišćenja snijega, uređenja okoliša i sl., za usluge oporezive porezom na dodanu vrijednost društvo ispostavlja račun korisniku s obračunatim porezom na dodanu vrijednost. U slučaju da su sredstva primljena, a usluga nije izvršena društvo ispostavlja račun i obračunava porez na dodanu vrijednost po preračunatoj stopi (za 23% to je 18,6992%).

Ukoliko se sredstva potpore koriste u izgradnji infrastrukture ili nabavci kapitalne opreme smatra se da nije riječ o naknadi za obavljene usluge i isporučena dobra budući da su takva sredstva u vlasništvu društva, a ne jedinice lokalne samouprave te primljena sredstva ne podliježu obračunu poreza na dodanu vrijednost.

U praksi često komunalna društva grade objekte komunalne infrastrukture, javna dobra koja nisu u poslovnim knjigama društva već jedinice lokalne samouprave. Prevladavajuće mišljenje nadležnog ministarstva, koje proizlazi iz objavljenih javnih mišljenja,²⁰ jeste da se u takvim slučajevima radi o oporezivim isporukama. Takvo stajalište najčešće se argumentira u stručnim krugovima činjenicom da takva (izgrađena ili nabavljena) komunalna infrastruktura (objekti i druga imovina) nije u vlasništvu primatelja potpore.²¹ Drugim riječima, stajalište je poreznih tijela kako se primljena novčana sredstva od općina i/ili gradova ne mogu smatrati potporom za izgradnju objekata komunalne infrastrukture već naknadom za

18 Đerđa, Dario, Komunalne djelatnosti i pravo vlasništva na građevinskim objektima komunalne infrastrukture, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 27, br. 1, 211-239, (2006), str. 229.

19 Sarvan, Desanka, Pretvorba komunalnih poduzeća i vlasništvo objekata i uređaja komunalne infrastrukture, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 28, br. 1, 839-866, (2007), str. 860.

20 Vidi, http://porezi.net/datoteke/porezi/Doc/Misljenja_PDV.rtf (10. prosinca 2011.) te druga mišljenja na www.pu.mfin.hr. O pravnoj naravi takvih mišljenja kao neobvezujućih akata za sudionike poreznog postupka, vidi opširnije, Žunić Kovačević, Nataša, Primjena načela dobre vjere u poreznom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 31, br. 1, Suppl., (2010), str.133-150.

21 Vidi detaljno, Vuk, Jasna, Godišnji obračun u komunalnim društvima i drugim korisnicima državnih potpora, Računovodstvo, revizija i financije, br. 2., 2010., str. 84.

uslugu i to u svim onim slučajevima kada izgrađeni ili rekonstruirani objekti nisu evidentirani u poslovnim knjigama komunalnih društava. Tada se smatra da jedinice lokalne samouprave na taj način plaćaju usluge investicijskog održavanja i gradnje vlastitih objekata, a te iste usluge pružaju komunalna društva.

U stručnim se krugovima zato smatra da zbog povoljnijeg poreznog tretmana potpora komunalnim društvima za izgradnju komunalne infrastrukture, lokalne vlasti trebaju prepustiti izgradnju komunalnim društvima koja će takvu investiciju evidentirati u svojim poslovnim knjigama.

U hrvatskoj sudskoj praksi za sada nema predmeta koji bi bili dostupni i iz kojih bi se dalo zaključiti kakav će biti stav suda glede navedenoga. Porezna tijela objavljujući javna mišljenja svoj stav su potvrdila – ako objekti komunalne infrastrukture financirani transferom iz proračuna nisu u poslovnim knjigama društva, primatelja potpore te ako nisu u vlasništvu primatelja sredstava potpore tada je riječ o oporezivoj isporuci, odnosno plaćanju usluge.

No, za predmetni i prijeporni porezni tretman potpora u hrvatskom poreznom pravu značajna je i ilustrativna inozemna sudska praksa. Tako je u praksi njemačkoga financijskog suda, presudom Financijskog suda Donje Saske iz 2009. godine²² potvrđena višekratna praksa Saveznog financijskog suda. Njome je potvrđeno da je jedan od kriterija za kvalifikaciju potpore kao neoporezive porezom na dodanu vrijednost (te da potpora nije naknada za uslugu koja je oporeziva) upravo činjenica da potpora služi unaprjeđenju davatelja, a ne pretežitom interesu primatelja potpore. Podredni kriterij, odnosno pretpostavka razmjene dobara i usluga utvrđen je na način da primatelj usluge treba primiti korist koja vodi potrošnji da bi se radilo o oporezivoj naknadi.²³

U tom kontekstu postaje dvojbenim navedeno pretežito stajalište koje proizlazi iz navedenih objavljenih mišljenja poreznih tijela o poreznom tretmanu potpora za investicijsku namjenu komunalnim društvima, koje su usmjerene izgradnji objekata komunalne infrastrukture. Njemački je sud u navedenom slučaju presudio da potpore (Europske unije) ne podliježu obračunu poreza na dodanu vrijednost ako su namijenjene uspostavi općedruštveno poželjnih situacija te stoga što primatelj potpore nije obavio uslugu, već je primljena sredstva koristio za razvoj konkretnog projekta.²⁴

Prijeporno je, je li u slučaju kada komunalno društvo gradi komunalnu infrastrukturu kojom upravlja, gospodari i raspolaže, a financiranje te gradnje odvija se putem potpora iz lokalnih proračuna to nužno podrazumijeva da se radi o obavljanju usluge uz naknadu za primatelja, lokalnu vlast onda kada se izgrađeno dobro ili infrastruktura ne vode u poslovnim knjigama komunalnog društva. Drugim riječima,

22 Inozemna sudska praksa i stajališta, *Pravo i porezi*, br. 1., 2010., str. 114/115.

23 Ipak, u istom je predmetu sud utvrdio kako potpore, tj. transferi države mogu biti naknada za uslugu, ako primatelj te isplate po nalogu davatelja potpore preuzima neku zadaću iz njegove nadležnosti pa je isplata s time povezana. Usluga mora biti usmjerena upravo na dobivanje protuusluge, loc. cit.

24 Ibid.

je li činjenica vlasništva nad izgrađenim objektima komunalne infrastrukture kriterij za kvalifikaciju potpore kojom je gradnja financirana kao oporezive, tj. kvalifikaciju izgradnje ili održavanja komunalne infrastrukture kao usluge koja je oporeziva?

U prethodno navedenom slučaju iz njemačke sudske prakse navodi se da je pretpostavka kvalificiranja neke radnje kao usluge obavljene uz naknadu činjenica postojanja neposredne povezanosti između obavljene usluge i primljene protuvrijednosti te da primatelj usluge mora primiti korist koja vodi potrošnji u smislu poreza na dodanu vrijednost.

Potonja navedena pretpostavka nije ostvarena u prijepornim slučajevima hrvatske porezne prakse kada lokalna vlast daje potporu komunalnom društvu, budući da korist koja proizlazi iz obavljene usluge vodi, čini se „potrošnji“ komunalnog društva, a ne lokalne vlasti.

Jedna od pretpostavki koja također treba biti ispunjena kako potporu ne bi tretirali kao naknadu za uslugu, iz prakse njemačkoga Saveznog financijskog suda, jeste činjenica da potpore služe unaprjeđenju davatelja, a ne pretežitom interesu primatelja potpore. Navedena je pretpostavka jednako ispunjena u slučaju kada lokalna vlast daje potporu komunalnom društvu čiji je osnivač, a radi ostvarenja općih interesa u korist davatelja potpore i podupiranja određenih „viših“ društvenih ciljeva.

Ipak, u obrazloženju navedene presude navodi se da potpore mogu biti naknada za oporezivu uslugu ako primatelj te isplate po nalogu davatelja potpore, platitelja preuzima neku zadaću iz njegove nadležnosti.

Dakle, kada komunalno društvo prima od osnivača sredstva koja su plaćanje za određenu uslugu, npr. uređenje grada, čišćenje ulica, javnu rasvjetu ili sl., tada je riječ o uslugama koje su oporezive porezom na dodanu vrijednost te društvo izdaje račun gradu ili općini, svojem osnivaču. Ukoliko su sredstva primljena, a usluga još nije obavljena radi se o predujmu za koji se jednako izdaje račun dok se porez na dodanu vrijednost obračunava po stopi za preračunavanje. Pri tomu nije relevantna činjenica vlasništva nad objektima ili infrastrukturom koji su obuhvaćeni uslugom.

Međutim, kod transfera za investicijsku namjenu posebno za izgradnju komunalne infrastrukture smatra se da primljena sredstva ne podliježu obračunu poreza na dodanu vrijednost te da nije riječ o naknadi za obavljenu uslugu i isporuku dobra ukoliko se nabavljena dobra, tj. izgrađeni objekti komunalne infrastrukture vode u poslovnim knjigama društva. Odnosno takav se porezni tretman uvjetuje vlasništvom komunalnog društva nad izgrađenim ili nabavljenim dobrima i objektima komunalne infrastrukture. Takvo stajalište proizlazi iz velikoga broja mišljenja, pa tako i mišljenja iz 2006. godine: *“Grad N. doznačio je komunalnom društvu sredstva za izgradnju mrtvačnice. Komunalno društvo je na temelju doznačenih sredstava koristilo pravo na odbitak pretporeza po računima izvođača radova, te je ukupnu vrijednost knjižilo u svoju imovinu. U vezi navedenog postavljen je upit je li komunalno društvo pri prijenosu objekta (mrtvačnice) na Grad, obvezno obračunati i platiti porez na dodanu vrijednost obzirom da je prilikom izgradnje temeljem ulaznih računa koristilo pretporez. Na postavljene upit odgovaramo u nastavku. Ako*

sredstva (transferi), što se doznaju komunalnim društvima za izgradnju objekata komunalne infrastrukture, javnih dobara, iz proračuna jedinica lokalne samouprave, nisu naknada za isporučeno dobro ili obavljenu uslugu, u smislu odredbi članka 2. stavak 1. Zakona o porezu na dodanu vrijednost (Narodne novine, od broja 47/95 do 90/05) i ako nema protuusluge, nego su doznajena sredstva potpora za izgradnju javnih dobara, na njih se ne plaća porez na dodanu vrijednost.

Groblje je prema članku 1. Zakona o grobljima (Narodne novine, broj 19/98) ograđeni prostor zemljišta na kojem se nalaze grobna mjesta, prateće građevine i komunalna infrastruktura. Pratećim građevinama među ostalim smatraju se krematorij, mrtvačnice i slično. Člankom 2. Zakona o grobljima propisano je da su groblja komunalni objekti u vlasništvu jedinice lokalne samouprave na čijem se području nalaze. Obzirom da po završetku gradnje objekt (mrtvačnica) koja je upisana u imovinu komunalnog društva, prelazi u vlasništvo jedinice lokalne samouprave, u ovom slučaju Grada N., komunalno društvo obvezno je po završetku gradnje Gradu dostaviti konačni obračun sa zaračunatim porezom na dodanu vrijednost, budući je riječ o isporuci novoizgrađene građevine koja podliježe oporezivanju porezom na dodanu vrijednost u smislu članka 2. stavak 1. točka 1. Zakona o porezu na dodanu vrijednost. Napominjemo da sredstva koja Grad doznaju komunalnom društvu za obavljene usluge podliježe oporezivanju i predstavljaju naknadu. Naime, isporuke dobara i obavljene usluge komunalnih društava nisu izuzete od oporezivanja neovisno o tome kome su učinjene. Stoga, ako grad doznajenim sredstvima komunalnom društvu, plaća naknadu za određene usluge koje je obavilo komunalno društvo za jedinicu lokalne samouprave, primatelj sredstava obvezan je iz primljene naknade preračunatom stopom 18,0328% izračunati obvezu poreza na dodanu vrijednost. Shodno navedenom, ako Grad N. doznaju sredstva komunalnom društvu za obavljanje usluge održavanja groblja, doznajena sredstva predstavljaju naknadu za obavljenu uslugu u smislu odredbe članka 2. stavak 1. Zakona o porezu na dodanu vrijednost, pa komunalno društvo treba iz primljenih sredstava obračunati i platiti porez na dodanu vrijednost.²⁵

Sukladno odredbama Zakona o porezu na dodanu vrijednost²⁶ porez na dodanu vrijednost plaća se na isporuke svih vrsta dobara (proizvoda, roba, novoizgrađenih građevina, opreme i sl.) i sve obavljene usluge u tuzemstvu uz naknadu koje poduzetnik izvrši baveći se svojom gospodarskom ili drugom djelatnosti i koje se obavljaju na osnovi zakonskih odredbi ili odluka državnih tijela.

Isporukom dobara poduzetnik ili njegov opunomoćenik omogućuje kupcu ili njegovu opunomoćeniku raspolaganje tim dobrima.

25 Mišljenje, klasa: 410-19/06 -01/24, ur. br.: 513-07-21-01/06-2, Zagreb, 7. ožujka 2006., dostupno na: http://porezi.net/datoteke/porezi/Doc/Misljenja_PDV.rtf. Brojna su mišljenja koja sadrže takvo stajalište poreznih tijela. Vidi tako, npr., mišljenje, klasa: 410-19/01-01/505, ur. broj: 513-07/03-2, Zagreb, 9.1.2003.; i dr.

26 Zakon o porezu na dodanu vrijednost, NN 47/95, 106/96, 164/98, 105/99, 54/00, 73/00, 48/04, 82/04, 90/05, 76/07, 87/09, 94/09. Vidi i, Pravilnik o porezu na dodanu vrijednost, NN 149/09, 89/11.

Isporukom dobara se prema odredbama zakona smatraju, uz isporuke električne energije, plina, grijanja, hlađenja i sl., i razmjena dobara pod kojom se razumiju isporuke dobara koje se obavljaju kao naknada za isporuke drugih dobara ili obavljenih usluga dok se isporukom dobra u smislu zakona ne smatra isporuka zemljišta (poljoprivrednog, građevinskog, izgrađenog ili neizgrađenog).

Pravilnikom o porezu na dodanu vrijednost propisano je da isporuka u općenitom smislu postoji u slučaju kada isporučitelj daje primatelju gospodarsku vrijednost, što vrijedi i za protuisporuku, odnosno naknadu. Naknada može biti u novcu, ali i obliku protuisporuke dobara i usluga. Pri tomu se navodi kao bitno obilježje oporezive isporuke postojanje međusobne uzročne veze između isporuke i naknade pri čemu je za prosudbu o postojanju ovog obilježja mjerodavan gospodarski interes sudionika, neovisno o tomu kako su sami sudionici određeni posao nazvali.²⁷

Zakon propisuje da se kod isporuke dobara zapravo omogućuje kupcu, odnosno njegovom opunomoćeniku raspolaganje dobrima gdje je pitanje omogućavanje raspolaganja dobrima pretežito činjenične naravi i obično je, ali ne i nužno povezano s prijenosom vlasničkih prava u imovinskopравnom smislu. Pri tomu je mjerodavno postojanje gospodarskog vlasništva, a ne posjeda kao stvarnog vlasništva nad dobrom. U kontekstu izgradnje komunalne infrastrukture potporama potrebno je razlučiti je li svrha takve aktivnosti komunalnog društva omogućiti raspolaganje tim dobrima općini ili gradu, osnivaču društva, ali i tijelu vlasti ili je svrha omogućiti raspolaganje tim dobrima komunalnom društvu u korist šire društvene zajednice.

Ukoliko potpora lokalne vlasti komunalnom društvu predstavlja potporu komunalne djelatnosti koja je neophodna ili pak samo poželjna, iz razloga različite naravi, one nisu naknada pa stoga nije riječ o oporezivoj usluzi.

Kada primatelj potpore kao pružatelj usluge izgradnje komunalne infrastrukture tu uslugu obavlja samo s namjerom primitka protuusluge, tj. naknade, radilo bi se o razmjeni usluga.

Kada potpore lokalnih vlasti komunalnim društvima služe provedbi raznih komunalnih projekata, a ne razmjeni dobara i usluga one tada nisu oporezive porezom na dodanu vrijednost.

Može se zaključiti, kako, za vrijeme dok je komunalno društvo u vlasništvu lokalnih jedinica, a komunalna infrastruktura u gospodarskom vlasništvu društva, nije moguće jednoznačno i nedvojbeno tvrditi da se pri financiranju gradnje komunalne infrastrukture potporama radi o oporezivim isporukama između društva i lokalnih jedinica, u smislu Zakona o porezu na dodanu vrijednost, a polazeći i od kriterija vlasništva nad izgrađenim objektima komunalne infrastrukture.

Kao kriterij postojanja oporezive isporuke Zakon i Pravilnik poznaju gospodarsko vlasništvo nad dobrom, što je pitanje činjenične naravi, a u praksi se najčešće može pripisati upravo komunalnom društvu. Takav zaključak može se temeljiti i na mišljenju poreznog tijela „...Člankom 5. stavak 1. i 2. Pravilnika

²⁷ Vidi, čl. 3. Pravilnika.

*propisano je da se isporukom dobara omogućuje kupcu ili njegovom opunomoćeniku raspolaganje dobrima. Omogućavanje raspolaganja dobrima je pretežito činjenične naravi i obično je, ali ne i nužno povezano s prijenosom vlasničkih prava u imovinsko pravnom smislu. Pri tome je mjerodavno postojanje gospodarskog vlasništva, a ne posjeda kao stvarne vlasti nad dobrom. Iz navoda u upitu proizlazi da će za vrijeme trajanja koncesije tržnica na malo biti u gospodarskom vlasništvu korisnika koncesije GKP 'B', stoga pri završetku objekta tržnice na malo između korisnika koncesije GKP 'B' i Grada 'A' ne postoji isporuka u smislu odredbe članka 2. Zakona o porezu na dodanu vrijednost. Međutim, prilikom prestanka koncesije, ako prema članku 5. stavak 2. Pravilnika o porezu na dodanu vrijednost objekt tržnice na malo GKP 'B' prenosi u stvarno gospodarsko vlasništvo Gradu 'A', tada će nastati isporuka koja podliježe oporezivanju porezom na dodanu vrijednost.*²⁸

Drugim riječima, u opisanim i u praksi prijepornim slučajevima, dolazi do, formalno pravno gledano, prijenosa *de iure* vlasništva nad izgrađenim objektima komunalne infrastrukture s komunalnog društva na lokalne jedinice (gradove i općine) dok istodobno komunalna društva zadržavaju gospodarsko vlasništvo nad istima. Naravno, nije isključena mogućnost da dođe naknadno i do prijenosa gospodarskog vlasništva koji bi trebao biti povod oporezivanja.

3.2. Prijenos gospodarskog vlasništva kao pretpostavka kvalifikacije oporezive usluge i primjene poreza na dodanu vrijednost

U svezi s navedenim, pretežito je stajalište da sredstva (transferi) koja se, iz proračuna jedinica lokalne samouprave, doznaju komunalnim društvima za izgradnju objekata komunalne infrastrukture, javnih dobara, nisu naknada za neko isporučeno dobro ili obavljenu uslugu u smislu odredbi Zakona o porezu na dodanu vrijednost, već da su potpora za izgradnju javnih dobara te se na takvu doznaku ne plaća porez na dodanu vrijednost.

Pri tomu se ističe da glede transfera, koji su naknada za obavljene isporuke dobara i usluga komunalnim društvima, postoji obveza oporezivanja. Isporuke dobara i obavljene usluge komunalnih društava nisu izuzete od oporezivanja, neovisno o tomu jesu li učinjene jedinici lokalne samouprave ili nekom drugom korisniku. Kako se tada radi o doznačenim sredstvima (transferima) iz proračuna jedinice lokalne samouprave komunalnom društvu, za obavljene usluge jedinici lokalne samouprave u svrhu ubiranja komunalne naknade, primatelji sredstava obvezni su iz primljenih svota, preračunatom stopom izračunati obvezu poreza na dodanu vrijednost.

U javno objavljenim i dostupnim mišljenjima poreznih tijela jasno je zauzeto stajalište kako obveza obračuna i uplate poreza na dodanu vrijednost ne obuhvaća doznačena sredstva za izgradnju objekata komunalne infrastrukture pod uvjetom da

²⁸ Mišljenje Porezne uprave, klasa: 363-01/08-01/120, ur. broj: 513-07-21-01/08-2, od 3.3.2008., dostupno na: http://www.porezna-uprava.hr/publikacije/IspisMisljenja.asp?IDKomentara=1419&FileName=363-01_08-01_120_513-07-21-01_08-2.xml.

se radi o nabavci dugotrajne imovine komunalnog društva, odnosno da se „...radi o naknadama za financiranje izgradnje objekata komunalne infrastrukture u tuđem vlasništvu i tuđem korištenju“.²⁹ Komunalno društvo u pravilu je gospodarski vlasnik i korisnik navedenih objekata komunalne infrastrukture. Iz relevantnih zakonskih i podzakonskih odredbi treba zaključiti da je riječ o gospodarskom vlasništvu. Iz razmatranih prijepornih predmeta iz prakse proizlazi da kod izgradnje komunalne infrastrukture najčešće naručitelj radova i investitor nije lokalna jedinica već komunalno društvo pa se čini pogrešnim držati da račune s obračunatim porezom na dodanu vrijednost treba ispostaviti tim istim lokalnim jedinicama kvalificirajući ih krajnjim naručiteljima i investitorima radova. S obzirom na to da po završetku izgradnje navedenih objekata komunalne infrastrukture, koja je najčešće upisana u imovinu komunalnog društva, ne dolazi do prijenosa u gospodarsko vlasništvo lokalne jedinice, komunalno društvo i nije obvezno po završetku gradnje dostaviti konačni obračun sa zaračunatim porezom na dodanu vrijednost istoj lokalnoj jedinici.

Kako je prethodno istaknuto, prema odredbama Pravilnika o porezu na dodanu vrijednost za raspolaganje dobrima mjerodavno je postojanje gospodarskog vlasništva, a ne posjeda kao stvarne vlasti nad dobrom. U tom smislu, porezni obveznik ima pravo na odbitak pretporeza za sva ulaganja na nadogradnji i obnovi nekretnine koja se nalazi u njegovom gospodarskom vlasništvu, uz uvjete propisane odredbama Zakona o porezu na dodanu vrijednost a to stoga što transferi sredstava općine komunalnom društvu nisu naknada za obavljenju isporuku, već financijska potpora za nadogradnju i rekonstrukciju objekta koji jesu u gospodarskom vlasništvu komunalnog društva.

Prema tomu, tada ne postoji obveza komunalnog društva nakon završetka investicija dostaviti konačni obračun obavljenih radova sa zaračunatim porezom na dodanu vrijednost jer komunalno društvo i nije ugovorilo isporuku dobara ili obavljanje građevinskih usluga, jer komunalno društvo obavlja radove na objektima/ nekretninama koje su u njegovom gospodarskom vlasništvu.³⁰ Gospodarsko vlasništvo nije definirano niti je pravni pojam, već se radi o činjeničnom utvrđenju, ali se može označiti i kao pravo poreznog obveznika da zahtijeva pogodnosti u vezi s uporabom predmeta oporezivanja tijekom gospodarske djelatnosti pod uvjetom da prihvati s time povezane rizike.

Komunalna društva gradnjom komunalne infrastrukture ne omogućuju lokalnim jedinicama kao nositeljima vlasti raspolaganje dobrom, odnosno izgrađenim objektima komunalne infrastrukture, stoga ne bi trebali izdati račun, odnosno obračunati i uplatiti porez na dodanu vrijednost. Naime, i Opći porezni zakon³¹ u svojim uvodnim odredbama, uređujući načela oporezivanja uređuje načelo gospodarstvenog pristupa činjenicama koje su bitne za oporezivanje kao jedno od

29 Mišljenje Porezne uprave, Područni ured Pazin, klasa: 410-19/04-02/32 od 6. svibnja 2005. godine.

30 Vidi, mišljenje klasa: 410-19/05-01/83 Ur. broj:513-07-21-01/05-3, od 8.7.2005.

31 Opći porezni zakon, NN 147/08, 18/11. Vidi, čl. 10. i u svezi sa čl. 34.

temeljnih načela poreznog postupka. Upravo se priračunavanje gospodarskih dobara smatra načinom oživotvorenja navedenoga načela pa se pri tomu radi o odnosu koji možemo opisati kao ekonomski *versus de iure* ili pravni vlasnik. Naime, dok u građanskom pravu - vlasnik snosi pravne i gospodarske posljedice koje proizlaze iz vlasništva, odnosno činjenice da je netko *de iure* vlasnik u poreznom pravu može doći do priračunavanje gospodarskih dobara osobi koja nije vlasnik *de iure*. Priračunavanje znači uspostavljanje novih pravnih odnosa između te osobe i poreznog vjerovnika pri čemu se uzima kao pokazatelj ili relevantni čimbenik upravo odgovor na pitanje: tko ima stvarnu vlast na gospodarskim dobrima koja isključuje druge osobe od utjecaja na ta dobra. Dakle, vlasnik prema građanskom pravu ustupa mjesto ekonomskom vlasniku ili vlasniku u gospodarskom smislu. Komunalna društva u predmetnim slučajevima, mogu se kvalificirati kao gospodarski vlasnici navedenih objekata komunalne infrastrukture. Lokalne jedinice daju na gospodarenje komunalnim društvima navedene objekte komunalne infrastrukture i ovlašćuju ih kao investitore različitih komunalnih infrastrukturnih zahvata i građevinskih radova. Pri tomu, lokalne jedinice često osiguravaju financijska sredstva iz proračuna koja transferiraju društvima. Komunalna su društva nositelji gospodarskog vlasništva na objektima komunalne infrastrukture i nositelji gotovo svih poslova na navedenim objektima komunalne infrastrukture za što lokalne jedinice plaćaju godišnju naknadu uvećanu za porez na dodanu vrijednost. Lokalne jedinice mogu biti, i jesu često, *de iure* vlasnici objekata komunalne infrastrukture no bit uvođenja instituta gospodarskog vlasništva može se naći i u tomu da je porezno relevantno upravo gospodarsko vlasništvo onda kada je došlo do razdvajanja od *de iure* vlasništva. Odredbe Općeg poreznog zakona uređuju da se porezne činjenice utvrđuju prema njihovoj gospodarstvenoj biti. Tako je jasno uređeno da „ako neka druga osoba, a ne vlasnik, ima pravo raspolaganja gospodarstvenim dobrom na način da može vlasnika gospodarstveno isključiti od utjecaja na to dobro, tada se u poreznom smislu smatra da to gospodarstveno dobro pripada toj drugoj osobi.“³²

4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Autor u radu sagledava odabrana pitanja lokalnih financija kroz prizmu opsežne decentralizacije rashoda koja nije praćena dostatno opsežnom decentralizacijom prihoda. Imajući na umu da su komunalne djelatnosti u nadležnosti lokalnih jedinica i imaju općedruštveni značaj te da cijena komunalnih usluga i zakonom predviđeni drugi izvori financiranja nisu dostatni za pokriće svih troškova i financiranje građenja komunalne infrastrukture, autor je u radu nastojao istražiti posebnosti jednog aspekta primjene sustava državnih potpora u financiranju komunalnih društava potporama radi izgradnje komunalne infrastrukture i to s aspekta poreza na dodanu vrijednost.

³² Opći porezni zakon, čl. 34.

Praksa poreznih tijela pokazuje da transferi lokalnih jedinica za investicijske namjene komunalnom društvu, a gdje je nositelj investicija komunalno društvo ne podliježu plaćanju poreza na dodanu vrijednost, samo i onda kada komunalno društvo upravlja i gospodari objektima i dobrima koji su rezultat investicije te izgradnju i nabavu opreme vodi u svojim poslovnim knjigama te ako su vlasnici tih objekata. Dakle, u situaciji gdje su sredstva osigurana u lokalnom proračunu te doznačena komunalnom društvu radi financiranja projekata izgradnje javnih dobara te se isti objekti komunalne infrastrukture daju na korištenje društvu, temeljem odluke lokalnog poglavarstva ta sredstva nisu naknada za isporučeno dobro ili uslugu.

S druge strane, transferi sredstava, koji su naknada za poslove koje društvo treba učiniti ili treba nadoknaditi troškove, podliježu plaćanju poreza na dodanu vrijednost. Financiranje komunalne djelatnosti i investicijskog održavanja koju obavlja društvo jeste plaćanje izvršene usluge pa su takvi transferi oporezivi porezom na dodanu vrijednost. Ako komunalno društvo temeljem doznačenih sredstava iz proračuna jedinica lokalne samouprave obavlja redovite komunalne djelatnosti obvezno je iz primljenih novčanih doznaka, proračunatom stopom, izračunati i platiti pripadajući iznos poreza na dodanu vrijednost.

S obzirom na izložene zakonske i druge normativne postavke u radu se ukazuje na moguće prijedornu praksu.

Porezna tijela očitovale su se u velikom broju mišljenja glede oporezivanja porezom na dodanu vrijednost novčanih doznaka (transfera) koje općina doznačuje komunalnom društvu za financiranje komunalne djelatnosti i investicija koje se odnose na izgradnju kapitalnih objekata komunalne infrastrukture (poput financiranja projekata, npr. uređenje parkova, luka, lučica, stambenih zgrada, cesta i javne rasvjete). Pretežito je stajalište poreznih tijela da se u slučajevima gdje su sredstva osigurana iz općinskog proračuna, a nakon završetka izgradnje kapitalni objekti komunalne infrastrukture postaju vlasništvo lokalne jedinice, a ne komunalnog društva radi o oporezivoj isporuci.

Ipak, Zakon o porezu na dodanu vrijednost i Pravilnik o porezu na dodanu vrijednost ne poznaju vlasništvo kao kriterij ili pretpostavku kvalifikacije oporezive usluge, odnosno primjene poreza na dodanu vrijednost. Zakon i Pravilnik o porezu na dodanu vrijednost govore o gospodarskom vlasništvu što je pitanje činjenične naravi. To je potvrđeno u procesnim odredbama poreznog prava, odnosno Općem poreznom zakonu koji je temelj gospodarskom pristupu činjenicama bitnima za oporezivanje.

Zakonskom normom utvrđena mogućnost razdvajanja gospodarskog od *de iure* vlasništva potvrđuje činjenicu da u poreznom pravu gospodarske činjenice jesu povod oporezivanju. Budući da materijalne i procesne norme poreznog prava zahtijevaju prepoznavanje gospodarske biti činjenica bitnih za oporezivanje, praksa primjenjivanja tih normi treba slijediti i potvrditi gospodarski pristup.

Aktualnu problematiku lokalnih financija, u smislu nedovoljno provedene decentralizacije prihoda koja je trebala slijediti decentralizaciju rashoda, potvrđuju

brojni pokazatelji narušene strukture javnih prihoda lokalnih jedinica te njihove sve veće zaduženosti. U tomu ih slijede i komunalna društava gdje se zamjećuje sve veća prisutnost potpora kao prihoda. Zbog značaja potpora u poslovanju komunalnih društava njihov porezni tretman treba biti preciznije i potpunije pravno uređen.

Summary

SUBSIDIES TO MUNICIPAL COMPANIES FOR CONSTRUCTION OF COMMUNAL INFRASTRUCTURE AND VALUE ADDED TAX APPLICATION

It is not a rare occasion that subsidies are used to finance activities having common significance for the society, especially the activities of companies providing municipal services which are free to use the funds received for different purposes. In most cases the subsidies are granted to municipal companies with the aim to finance a construction of communal infrastructure, although the subsidies can be used for financing regular business activities. The analysis of practices of revenue bodies shows that it is possible to have different revenue treatment of state subsidies due to the fact that in certain cases it is not clear whether the company provides or does not provide a service for received subsidy. Croatian courts have not yet delivered a judgement to resolve this issue. On the other hand, there are some indicative examples of foreign court practise. Domestic revenue bodies have developed an intensive practice consisting of numerous, publicly pronounced opinions which are not a source of law, however, they are indicators of stands taken by revenue bodies with powers to implement provisions of laws and sub-law regulations.

Key words: *subsidies, municipal companies, value added tax, taxable service, practice of revenue bodies, economic approach.*

Zusammenfassung

DIE DER KOMMUNALGESELLSCHAFT ZU ZWECKEN DES KOMMUNALEN INFRASTRUKTURAUSBAUS GEWÄHRTEN UNTERSTÜTZUNGEN UND MEHRWERTSTEUERANWENDUNG

Mit Unterstützungen werden oft Tätigkeiten von allgemeiner gesellschaftlichen Bedeutung finanziert, insbesondere Tätigkeiten der Kommunalgesellschaften, welche die gewährten Mittel zu unterschiedlichen Zwecken benutzen können. Meistens ist das Ziel von den zu den Kommunalgesellschaften gewährten Unterstützungen Finanzierung des Kommunalinfrastrukturausbaus, obwohl sie auch für die Finanzierung der ordentlichen Geschäftsführung zugeteilt werden können. Aus der Praxis der Steuerbehörden geht die Streitigkeit hervor, dass die Steuer für staatliche Unterstützung unterschiedlich erhoben werden kann, da es zweifelhaft sein kann, ob die Gesellschaft einen Gegendienst für die gewährte Unterstützung erweisen muss oder nicht. Es gibt keine inländische Rechtsprechung in diesem Bereich, aber es

gibt Beispiele aus der ausländischen Rechtsprechung. Die Rechtsprechungen der inländischen Steuerbehörden sind zahlreich, was auch von zahlreichen öffentlich erklärten Meinungen bestätigt wird, welche keine Rechtsquellen darstellen, aber doch ein Anzeichen für Standpunkte der für die Anwendung von gesetzlichen und untergesetzlichen Normen zuständigen Steuerbehörden sind.

Schlüsselwörter: *Unterstützungen, Kommunalgesellschaften, Mehrwertsteuer, steuerpflichtige Leistung, Praxis der Steuerorgane, wirtschaftlicher Ansatz.*

Riassunto

LE SOVVENZIONI ALLE SOCIETA' COMUNALI PER LA COSTRUZIONE DELLE INFRASTRUTTURE COMUNALI E L'APPLICAZIONE DELL'IMPOSTA SUL VALORE AGGIUNTO

Attraverso le sovvenzioni sovente si finanziano opere di interesse collettivo, specie opere delle società comunali, le quali possono utilizzare le risorse ricevute per finalità varie. Di frequente lo scopo delle sovvenzioni ripartite alle società comunali è di finanziare le costruzioni di infrastrutture comunali, sebbene tali sovvenzioni possano essere al pari destinate al finanziamento dei lavori di ordinaria amministrazione. Dall'esame della prassi degli organi fiscali emerge un contrasto a causa della possibile diversità di trattamento delle sovvenzioni statali, visto che possono sorgere perplessità se la società comunale per la sovvenzione ricevuta offra o no una controprestazione. Sul punto non v'è prassi giurisprudenziale nazionale, mentre esiste quella straniera. La prassi degli organi fiscali nazionali è copiosa, il che è confermato anche dai numerosi pareri pubblicati in materia. Per quanto questi pareri non costituiscano fonte di diritto, senza dubbio rappresentano un indicatore delle posizioni degli organi fiscali deputati all'applicazione delle norme di legge e dei regolamenti.

Parole chiave: *sovvenzioni, società comunali, imposta sul valore aggiunto, prestazione imponibile, prassi degli organi fiscali, approccio economico.*

PRIJELAZ RIZIKA S PRODAVATELJA NA KUPCA KOD UGOVORA O MEĐUNARODNOJ KUPOPRODAJI S OSVRTOM NA INCOTERMS 2010

dr. sc. Dionis Jurić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Jelena Mihić, dipl. iur.

UDK: 347.751
Ur.: 8. studenoga 2011.
Pr.: 7. prosinca 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

INCOTERMS termini predviđaju različite modalitete isporuke robe i prijelaza rizika i troškova u međunarodnoj kupoprodaji. Posljednja revizija INCOTERMS termina iz 2010. godine prilagodila je njihov sadržaj poslovnoj praksi trgovaca te razvoju prometne tehnologije u posljednjem desetljeću. Specifičnost INCOTERMS termina je da prodavatelj i kupac moraju izričito ugovoriti njihovu primjenu na svoj obveznopravni odnos. U slučaju da ugovorne strane nisu u ugovoru uredile pitanje prijelaza rizika, primijenit će se odredbe Konvencije UN-a o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine.

Ključne riječi: *INCOTERMS 2010, međunarodna kupoprodaja, rizik, troškovi, Bečka konvencija.*

1. UVOD

Prijelaz rizika predstavlja jedno od najznačajnijih pitanja ugovora o kupoprodaji, koje se javlja u poslovanju gospodarskih subjekata. Ovdje se radi o ekonomskom problemu: od toga kako je riješeno ovo pitanje ovisi koja će ugovorna strana biti opterećena ako predmet kupoprodaje slučajno propadne ili bude oštećen u vremenu od sklapanja ugovora o kupoprodaji do njegovog ispunjenja.¹

¹ Pod slučajnim oštećenjem ili propasti stvari podrazumijevamo one štete koje su nastale kao posljedica štetnih radnji za koje nitko ne odgovara i štetne radnje za koje odgovara treća osoba (ni prodavatelj niti kupac). Pod slučajnom propašću ili oštećenjem podrazumijevaju se takva propast ili oštećenje za koje ne odgovaraju ni prodavatelj niti kupac, odnosno koje oni nisu skrivili, tj. koje nisu prouzročili svojom nakanom ili nepozornošću, uključujući i krađu. Vidi u Vilim Gorenc et al., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF plus, Zagreb, 2005., str. 583. i Mladen Draškić, Međunarodna prodaja prema uniformnim pravilima i uporednom pravu, Ekspres i Institut društvenih nauka, Beograd, 1987., str. 323.

Značenje prijelaza rizika pretrpjelo je određene izmjene s razvojem instituta osiguranja, u prvom redu transportnog osiguranja. Ukoliko postoji obvezno osiguranje ili je osiguranje predviđeno ugovorom, pitanje prijelaza rizika svodi se na pitanje tko je dužan sklopiti ugovor o osiguranju i platiti premiju. No, iako je osiguranje smanjilo značenje prijelaza rizika, ono ne može u cijelosti nadomjestiti potrebu reguliranja prijelaza rizika: osiguranje ne pokriva sve rizike, ono nije uobičajeno u svim granama trgovine, svota osiguranja često nije dostatna da pokrije gubitak i osiguranik mora čekati okončanje postupka utvrđivanja posljedica osiguranog događaja, sa svim poteškoćama koje trajanje ovog postupka izaziva u pogledu raspolaganja robom.²

U većini nacionalnih pravnih sustava prevladalo je stajalište da rizik snosi vlasnik. *Causa* ugovora o kupoprodaji je prijenos prava vlasništva na prodanoj stvari s prodavatelja na kupca, te su uz prijenos prava vlasništva nacionalni sustavi vezali čitav niz pravnih učinaka ugovora, pa tako i prijelaz rizika. Ovakva koncepcija ne odgovara potrebama suvremene trgovine, pa je došlo do odvajanja prijelaza rizika i prijenosa prava vlasništva i odabira za svaki od njih trenutka koji je najpogodniji za ostvarenje interesa kupca i prodavatelja. Prijelaz rizika pitanje je koje pripada obveznom pravu i kao takvo ugovorne strane mogu ugovorom urediti to pitanje, za razliku od prijenosa prava vlasništva i njegovog djelovanja prema trećim osobama.³

U međunarodnoj kupoprodaji, gdje prodavatelj i kupac dolaze iz različitih država te se javlja potreba prijevoza robe, izuzetno značenje u pogledu reguliranja prijelaza rizika za gubitak ili oštećenje robe imaju INCOTERMS termini iz 2010. godine, koje je donijela Međunarodna trgovačka komora te Konvencija UN-a o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (*UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*) iz 1980. godine.⁴

2. INCOTERMS 2010

2.1. Pojam, svrha i cilj INCOTERMS-a

Riječ INCOTERMS predstavlja skraćenicu naziva na engleskom jeziku International (In), commercial (co), terms (terms), odnosno punog naziva *International rules for the interpretation of trade terms*, što znači Međunarodna pravila za tumačenje trgovačkih termina. INCOTERMS-i predstavljaju skup pojmova (pravila, termina, klauzula) koji se odnose na kupoprodaju, plaćanje i

2 Ibid., str. 324.

3 Skandinavska prava i pravo SAD-a razdvajaju prijelaz rizika i prijenos prava vlasništva, a to je rješenje prihvaćeno i u Konvenciji UN o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine. Vidi Draškić, M., op. cit., str. 325-326.

4 Ralph H. Folsom, Michael W. Gordon, John. A. Spanogle, Jr., Međunarodni trgovački poslovi u sažetom obliku, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci i COLPI, Rijeka, 1998., str. 23.

prijevoz u vanjskotrgovinskom prometu, a koji su izraženi u kraticama.⁵ Ubrajaju se u autonomne izvore trgovačkog prava i predstavljaju oblik formularnog prava, jer su to odredbe ugovora koje su tipizirane i mogu se navoditi skraćeno. Termini postaju sastavni dio ugovora kada se ugovorne strane dobrovoljno pozovu na njih, odnosno uvrste ih u svoj ugovor. Ako ugovorne strane žele nekom terminu dati drukčije značenje, to moraju posebno ugovoriti.⁶

Svrha i cilj INCOTERMS-a je da prodavateljima (izvoznicima) i kupcima (uvoznicima) u trenutku sklapanja ugovora o kupoprodaji osiguraju primjereno reguliranje pravnih i ekonomskih odnosa u svezi s isporukom robe, troškova isporuke i prijelaza rizika za slučajnu propast stvari, kako bi se spriječila različita tumačenja ugovornih odredbi tijekom nastanka njihovih obveza, prava i odgovornosti.⁷ Radi suzbijanja takvih pojava Međunarodna trgovačka komora (*International Chamber of Commerce*) u Parizu donijela je 1936. godine prvu verziju INCOTERMS-a, institucionalizirajući postojeću praksu u vanjskoj trgovini.⁸

2.2. *Pravna priroda INCOTERMS-a*

Kada se radi o pravnoj prirodi INCOTERMS-a, postoje dvije teorije. Prema kontraktualističkoj teoriji termini INCOTERMS-a će se primijeniti samo na osnovi izričito izražene volje ugovornih strana u ugovoru. Prema teoriji koja te termine smatra trgovačkim običajima oni će se primijeniti na način i prema uvjetima predviđenim za običaje.⁹

Iz sadržaja INCOTERMS termina može se zaključiti da preferiraju primjenu svojih termina u skladu s kontraktualističkom teorijom. To proizlazi iz preambule INCOTERMS-a: "U ugovoru o prodaji treba uvijek biti naznačeno: ... prema INCOTERMS-u 2010." Ukoliko ugovorne strane žele primjenu termina koji se nalaze u ranijim verzijama INCOTERMS-a, to moraju izričito navesti. Iz ovoga se izvodi pravilo da u slučaju da stranke nisu točno i izričito ugovorile primjenu

5 Ratko Zelenika, Helga Pavlič, Darko Zelenika, *Incoterms 2000. u kaleidoskopu vanjskotrgovinskog sustava*, *Ekonomski pregled*, vol. 54, br. 1-2/2003., str. 174.-175., Jan Ramberg, *INCOTERMS 2000 – The Necessary Link Between Contracts of Sale and Contracts of Carriage*, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, vol. 58, br. 1-2/2008, str. 35.-36.

6 Vilim Gorenc, *Trgovačko pravo društava*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izd., Školska knjiga, Zagreb, 1996., str. 17. i 19.-20.

7 Ugovorne strane često ne poznaju različitu trgovačku praksu u različitim državama, što može prouzročiti nesporazume i sporove, a time i gubitke u novcu i vremenu. Poteškoće s kojima se susreću ugovorne strane mogu se svrstati u 3 grupe: a) neizvjesnost u pogledu mjerodavnog nacionalnog prava koje će se primijeniti na njihov ugovor; b) teškoće koje proizlaze iz neodgovarajućih informacija i c) teškoće koje proizlaze iz razlika u tumačenju pojedinih termina. INCOTERMS-i predstavljaju skup međunarodnih pravila za tumačenje najuobičajnijih trgovačkih termina u vanjskoj trgovini.

8 Natasha Seghers, Francis Walschot, *Model contracts with respect to the CISG*, *International Business Law Journal*, 2001, 3/4, str. 455.-456.

9 Tin Matić, *Odnos Incotermsa i transportnih klauzula Općih uzanci za promet robom*, *Odvjetnik*, br. 5-6/1994., str. 45-47.

određene verzije INCOTERMS-a, primijenit će se posljednja verzija koja je bila važeća u trenutku sklapanja ugovora o kupoprodaji.¹⁰

2.3. Povijesni razvoj INCOTERMS-a

Tijekom dvadesetih godina 20. stoljeća Međunarodna trgovačka komora provela je istraživanje i objavila dvije studije o primjeni trgovačkih termina u različitim državama. Studije su ukazale na razlike u interpretaciji trgovačkih termina u primjeni u različitim državama, pa je Međunarodna trgovačka komora 1936. godine izradila prvu verziju INCOTERMS-a.¹¹ Drugi svjetski rat omeo je daljnju reviziju INCOTERMS-a, tako da je sljedeća verzija termina objavljena 1953. godine, uvodeći nove termine koji se primjenjuju u kopnenom prijevozu.¹² Revizijom INCOTERMS-a 1967. godine uvedeni su termini DAF i DDP.¹³

Revizija INCOTERMS termina 1980. godine dovodi do uvođenja FRC termina (*Free Carrier*) koji je imao osobito značenje s obzirom na nove tehnologije prijevoza robe. Razlog je uvođenja ovog termina bio porast kontejnerskog prijevoza robe. Ovakav prijevoz obilježava da pomorski prijevoznik ne preuzima robu uz bok broda, već na nekoj točki preuzimanja na obali, obično na kontejnerskim terminalima.¹⁴

10 Seghers, N., Francis Walschot, F., op. cit., str. 456.-457., Matic, T., op. cit., str. 45.-47. Sukladno tome uređeno je i pitanje primjene novih INCOTERMS termina iz 2010. godine. INCOTERMS 2010 objavljeni su 27. rujna 2010. godine, a stupili su na snagu 1. siječnja 2011. godine. Za ugovore o kupoprodaji sklopljene prije rujna 2010. godine primjenjivat će se i nadalje INCOTERMS 2000, iako se ti ugovori ispunjavaju tijekom 2011. godine. Za ugovore sklopljene između rujna 2010. godine i siječnja 2011. godine, ugovorne strane moraju izričito odrediti koju verziju INCOTERMS-a primjenjuju. Nakon 1. siječnja 2011. godine u novim ugovorima o kupoprodaji koji se pozivaju na primjenu INCOTERMS-a smatra se da se primjenjuju INCOTERMS-i iz 2010. godine. Vidi web stranice <http://www.iccwbo.org/incoterms/> i INCOTERMS 2010 – What you need to know, http://www.reedsmith.com/publications/search_publications.cfm?widCall1=customWidgets.content_view_1&cit_id=29133, 20. srpnja 2011.

11 Ova prva verzija INCOTERMS-a usredotočila se na trgovačke termine koji su se primjenjivali u prijevozu robe morem te je utvrdila sljedeće termine: FAS, FOB, C&F (kasnije preimenovan u CFR), CIF, Ex Ship i Ex Quay (kasnije preimenovani u DES i DEQ). Vidi u Ramberg, J., op. cit., str. 36.

12 Tako se za kopneni prijevoz uvode termini FOR-FOT („Free On Rail – Free on Truck“ te DCP („Delivered Costs Paid“, sada CPT) kao ekvivalent za termin CFR. Vidi u Ramberg, J., op. cit., str. 36.-37.

13 Za zračni je prijevoz uveden 1976. godine termin FOB Airport. Ovaj je termin nastao kao posljedica različitih tumačenja FOB termina. U slučaju ako se roba prevozi brodom, FOB termin treba tumačiti tako da se kao točka prijelaza rizika za gubitak ili oštećenje robe s prodavatelja na kupca uzima točka gdje roba prelazi ogradu broda. Ta točka ne bi bila praktična za prijelaz rizika u slučaju prijevoza robe zrakoplovom, pa je kao točka prijelaza rizika s prodavatelja na kupca određena točka predaje robe zračnom prijevozniku. FOB Airport termin zadržan je i u verziji INCOTERMS-a iz 1980. godine. Vidi u Ramberg, J., op. cit., str. 37.

14 Prodavatelj može u svojem skladištu krcati robu u kontejnere, koji se potom upućuju kopnenim prijevozom do luke u kojoj se podižu na palubu broda ili se roba isporučuje prijevozniku koji je potom utovaruje u kontejnere na terminalu.

Kao točka prijelaza rizika za gubitak ili oštećenje robe uzima se točka predaje robe prijevozniku. Kontejnerski je prijevoz robe uvjetovao i pojavu novih prijevozničkih isprava. Uz teretnicu koja se tradicionalno primjenjuje u pomorskom prijevozu robe, pojavljuju se prijevozničke isprave po uzoru na one koje se primjenjuju u kopnenom i zračnom prijevozu. Tako se pojavljuje pomorski tovarni list (engl. *way bill*).¹⁵

Nova revizija INCOTERMS termina provodi se 1990. godine. Razlog njihovom revidiranju bila je primjena i razmjena elektroničkih podataka i informacija (engl. *Electronic Data Interchange*) u vanjskoj trgovini, koja omogućava brzo i jednostavno pribavljanje različitih isprava (računa, carinskih isprava, prijevoznih isprava, isprava o dokazu isporuke robe ili primopredaji robe, isprava o ugovornoj kvaliteti i kvantiteti robe, isprava o osiguranju robe). Poseban problem javlja se kada prodavatelj mora predočiti teretnicu, kao prenosivu prijevoznu ispravu koja se često koristi prigodom prodaje robe tijekom prijevoza. U tim slučajevima osobito je važno, da pri upotrebi EDI poruka, bude osiguran isti pravni položaj kupca, kao i u slučaju da je primio teretnicu od prodavatelja.¹⁶ Drugi razlog reviziji INCOTERMS-a 1990. godine daljnji je razvoj prijevozne tehnologije, osobito prijevoz kontejnerima, paletama i multimodalni prijevoz. INCOTERMS 1990 ojačao je ulogu Free Carrier termina te je kraticu FRC zamijenio kraticom FCA. FCA termin prilagođen je svim vrstama prijevoza bez obzira na vrstu prijevoznih sredstava i kombinaciju različitih prijevoznih sredstava u multimodalnom prijevozu. To je dovelo do ukidanja onih termina koji su uređivali prijevoz robe zrakom i željeznicom.¹⁷

Nakon jednoga desetljeća uslijedila je nova izmjena INCOTERMS-a 2000. godine. Poslovna praksa nije zahtijevala značajnije intervencije u termine određene 1990. godine. Ipak, INCOTERMS 2000 uvode tri izmjene. Kod primjene termina FAS uvodi se obveza prodavatelja da pribavi upravnu dozvolu ili odobrenje za izvoz robe te plati odgovarajuće troškove u svezi s izvozom.¹⁸ Sličnu promjenu doživio je i termin DEQ, kod kojeg se uvodi obveza kupca da pribavi upravnu dozvolu ili odobrenje za uvoz te plati odgovarajuće troškove u svezi s uvozom robe.¹⁹ Konačno,

15 Pomorski teretni listovi osobito se primjenjuju ako ne postoji namjera prodaje robe tijekom prijevoza, budući da se radi o neprenosivoj ispravi o naslovu. Vidi u Ramberg, J., op. cit., str. 37.-39.

16 U pogledu obveze prodavatelja da pribavi dokaz o isporuci i prijevozničke isprave, INCOTERMS 1990 određuje da u slučaju ako su se prodavatelj i kupac sporazumjeli o tome da komuniciraju elektroničkim putem, navedene isprave mogu biti zamijenjene odgovarajućom razmjenom elektroničkih poruka (engl. *EDI message*).

17 Ramberg, J., op. cit., str. 39.-40.

18 INCOTERMS 1990 predviđali su obvezu prodavatelja predati kupcu račun i prijevozne isprave što mu omogućavaju preuzimanje robe u mjestu istovara ili njihov elektronički ekvivalent, ali nije imao obvezu pribaviti upravnu dozvolu ili odobrenje za izvoz robe, već je bio dužan samo pomoći kupcu u njihovu pribavljanju.

19 INCOTERMS 1990 predviđali su obvezu prodavatelja platiti troškove carinjenja robe koji se plaćaju pri uvozu robe te pribaviti potrebne dozvole. Promjene carinskih postupaka u različitim državama uvjetovalo je potrebu prebacivanja te obveze na kupca. Time su pojednostavljeni INCOTERMS 2000 termini, budući da u slučaju izvoza robe prodavatelj obavlja carinske formalnosti, a kod uvoza robe te formalnosti obavlja kupac. Iznimka su

promjena je nastala i kod termina FCA u pogledu obveze utovara i istovara robe. Ako je mjesto isporuke koje je odredio kupac u prostorijama prodavatelja, tada je za utovar robe na prijevozno sredstvo odgovoran prodavatelj. Ako se isporuka obavlja na nekom drugom mjestu, tada prodavatelj nije odgovoran za istovar robe.²⁰

2.4. Revizija INCOTERMS-a 2010. godine

Međunarodna trgovačka komora tijekom 2010. godine pristupila je izmjenama i dopunama INCOTERMS termina. Tako su INCOTERMS 2010 objavljeni 27. rujna 2010. godine, a stupili su na snagu 1. siječnja 2011. godine. Novi INCOTERMS termini u značajnoj se mjeri razlikuju od ranije verzije. Prva izmjena očituje se u tomu da sada umjesto 13 termina postoji 11 termina. To je posljedica uvođenja dva nova termina DAT (*Delivered at Terminal*), koji je zamijenio ukinuti DEQ termin i termina DAP (*Delivered at Place*) koji je zamijenio ukinute termine DAF, DES i DDU. Druga novost očituje se u promjeni kategorizacije termina u dvije skupine, ovisno o vrstama prijevoza u kojima se primjenjuju. Tako prvu skupinu čine termini koji se primjenjuju u svim vrstama prijevoza i u multimodalnom prijevozu (EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP, DDP). Drugu skupinu čine oni termini koji se mogu primjenjivati samo u pomorskom prijevozu i prijevozu unutarnjim plovnim putovima (FAS, FOB, CFR, CIF).²¹ Ovime se nastoji olakšati izbor odgovarajućih termina prodavateljima i kupcima prilikom sklapanja ugovora o kupoprodaji, uzimajući u obzir način prijevoza robe.²²

INCOTERMS 2010 izričito određuju da se primjenjuju i u domaćoj i u međunarodnoj trgovini. To je postignuto unošenjem sintagme u pravila koja uređuju termine „da obveza postupanja u izvozno-uvoznim formalnostima postoji samo kada je to primjenjivo“. To omogućava primjenu INCOTERMS 2010 u okviru Europske unije u kojoj su ukinuti carinski i drugi administrativni postupci na granicama između država članica, kao i unutar Sjedinjenih Američkih Država gdje postoji

termin EXW kod kojeg kupac obavlja carinske formalnosti potrebne za izvoz robe i termin DDP kod kojeg prodavatelj obavlja carinske formalnosti potrebne za uvoz robe.

- 20 INCOTERMS 1990 kod termina FCA određivali su obvezu prodavatelja predati robu, slobodnu za izvoz, prijevozniku kojeg je odredio kupac (to je u pravilu prvi prijevoznik u multimodalnom prijevozu ili špediter), na naznačenom mjestu ili točki. Vidi u Ramberg, J., op. cit., str. 40.-41., Zelenika, R., Pavlić, H., Zelenika, D., op. cit., str. 181., Gbenga Oduntan, „CIF Gatwick“ and other such nonsense upon stilts: Incoterms and the law, jargon and practice of international business transactions, *International Company and Commercial Law Review*, 2010, 21(6), str. 222., What Is New about INCOTERMS 2000?, *International Contract Adviser*, Vol. VI, No. 3/2000., str. 66.-67.
- 21 INCOTERMS 2000 dijelio je termine u četiri skupine ovisno o opsegu obveza prodavatelja i obveza kupca pri prijevozu robe te trenutku prijelaza rizika za oštećenje ili propast robe (E skupina (EXW), F skupina (FAS, FCA, FOB), C skupina (CFR, CIF, CPT, CIP), D skupina (DAF, DES, DEQ, DDU, DDP)).
- 22 Roberto Bergami, *The Ship's Rail is Dead: Incoterms 2010*, www.ibt-articles.com/absmet/templates, 20. srpnja 2011., str. 1., INCOTERMS 2010 – What you need to know, str. 3.

spremnost primjene novih INCOTERMS termina.²³

U termine su unijete i odredbe koje se tiču obveza prodavatelja i kupca na davanje potrebnih podataka koji se tiču sigurnosnih provjera robe koja se prevozi, uzimajući u obzir sigurnosne mjere koje poduzimaju države prilikom prelaska državne granice. Na taj način potiče se viši stupanj suradnje prodavatelja i kupca te policijskih i carinskih vlasti.²⁴

Dalje se jača primjena elektroničke komunikacije pa prodavatelj i kupac mogu svoju obvezu pribavljanja ugovorne dokumentacije ispuniti elektroničkim putem, ako su se tako sporazumjeli ili je to uobičajeno. Na taj se način isprave u elektroničkom obliku izjednačuju s papirnatim ispravama te se uvode elektronički postupci kao standardni način komuniciranja između ugovornih stranaka.²⁵

Kod onih termina koji obvezuju jednu od ugovornih strana da sklopi ugovor o osiguranju (CIP i CIF termin), izmijenjeni su uvjeti osiguranja sukladno promjenama Institutskih klauzula za teret (*Institute Cargo Clauses*) iz 2009. godine.²⁶

Poseban problem koji se javljao u primjeni INCOTERMS termina bio je i podjela troškova između prodavatelja i kupca u svezi s manipulacijom tereta na terminalu mjesta odredišta. To osobito dolazi do izražaja pri primjeni onih termina koji obvezuju prodavatelja da ugovori i plati prijevoz robe do mjesta odredišta (CIP, CPT, CFR, CIF, DAT, DAP i DDP termin). Kod primjene ovih termina može se dogoditi da kupac dvaput plati iste prijevoznicke troškove.²⁷ Stoga su INCOTERMS 2010 detaljno uredili podjelu tih troškova kod DAT i DAP termina. Kod DAT termina prodavatelj snosi sve rizike u kretanju robe do trenutka njezine isporuke, odnosno istovara robe s pristiglog vozila (cestovni, željeznički, pomorski ili zračni prijevoz) i stavljanja te robe na raspolaganje kupcu na ugovorenom imenovanom terminalu u zemlji odredišta. Prodavatelj je odgovoran i za tranzitni prijevoz robe kroz treće zemlje. Stoga prodavatelj mora sklopiti ugovor o prijevozu te odgovara za obavljanje izvoznih formalnosti i plaćanje troškova izvoza, ali ne i za obavljanje

23 U SAD-u su neki termini uređeni američkim Jednoobraznim trgovačkim zakonom (čl. 2.-319, 2.-320) iz 1962. godine te Američkim definicijama klauzula u vanjskoj trgovini (American Revised Foreign Trade Definitions) iz 1941. godine, no oni se sve rjeđe primjenjuju i zamjenjuju se najnovijim INCOTERMS terminima. Vidi u Folsom, R. H., Gordon, M. W., Spanogle, J. A., Jr., op. cit., str. 57.

24 U tu svrhu uvoznici i izvoznici imaju obvezu davanja informacija o robi unaprijed te u određenim slučajevima moraju dopustiti pregled robe. Pri poduzimanju tih radnji kupac i prodavatelj moraju surađivati. Vidi u Bergami, R., op. cit., str. 1., INCOTERMS 2010 – What you need to know, str. 3.-4., Jan Ramberg, ICC Guide to Incoterms 2010 – Understanding and practical use, ICC, 2011., str. 34.

25 INCOTERMS 2010 – What you need to know, str. 3.

26 Ramberg, J., op. cit., str. 34., Bergami, R., op. cit., str. 2., INCOTERMS 2010 – What you need to know, str. 3.

27 Primjerice, u slučaju kada prodavatelj ugovara prijevoz koji se unaprijed plaća, a uvjeti prijevoza uključuju i premještanje pošiljke unutar luke ili kontejnerskog terminala na mjestu odredišta. U tom slučaju operater terminala ili prijevoznik mogu naplatiti te troškove kupcu u mjestu odredišta. S druge strane, kupac je već ranije platio te troškove, koji su ugrađeni u cijenu robe te na taj način dvaput plaća iste troškove manipulacije teretom. Vidi u Bergami, R., op. cit., str. 2., INCOTERMS 2010 – What you need to know, str. 4.

uvoznih formalnosti i plaćanje troškova uvoza. Kod DAP termina prodavatelj snosi sve rizike u kretanju robe do trenutka njezine isporuke, ali za razliku od DAT termina, istovar robe s pristiglog vozila u mjestu odredišta obveza je kupca. I ovdje prodavatelj sklapa ugovor o prijevozu te odgovara za obavljanje izvoznih formalnosti i plaćanje troškova izvoza, a obavljanje uvoznih formalnosti i plaćanje troškova uvoza obavlja kupac.²⁸

Značajna promjena nastala je kod FOB termina koji se primjenjuje u pomorskom prijevozu i prijevozu unutarnjim vodama, a posljedično i kod termina CFR i CIF. Kao točka prijelaza rizika napušten je pojam „ograda broda“ (engl. *ship's rail*), čime su otklonjena ekstenzivna i kontradiktorna tumačenja toga pojma. Sada rizik za oštećenje ili propast stvari prelazi s prodavatelja na kupca u trenutku kada roba stigne „na palubu broda“ (engl. *on board the vessel*) i to kada je ukrcana cjelokupna pošiljka.²⁹

INCOTERMS 2010 posebno ukazuje da primjena termina u pomorskom prijevozu i prijevozu robe unutarnjim vodenim putovima (FAS, FOB, CFR, CIF) nije primjerena u slučaju kontejnerskog prijevoza robe. To je određeno stoga što tehnika kontejnerskog prijevoza i manipulacije kontejnerima ne odgovara točki prijelaza rizika koja je određena ovim terminima.³⁰

U slučaju sklapanja ugovora o prodaji potrošne robe često se događa da roba koja se nalazi u prijevozu bude prodana nekoliko puta (tzv. lančana prodaja, engl. *string sale*). U takvim situacijama prodavatelji u sredini lanca ne odašilju robu, budući da je robu odaslao prodavatelj na početku lanca. Stoga se za prodavatelje u sredini lanca propisuje obveza da skrbe o robi tijekom prijevoza.³¹

2.5. Prikaz INCOTERMS 2010 termina

INCOTERMS 2010 podijelio je termine u dvije skupine, ovisno o vrstama prijevoza u kojima se primjenjuju. Tako prvu skupinu čine termini koji se primjenjuju u svim vrstama prijevoza i u multimodalnom prijevozu (EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP, DDP). Drugu skupinu čine oni termini koji se mogu primjenjivati samo u pomorskom prijevozu i prijevozu unutarnjim plovnim putovima (FAS, FOB, CFR, CIF). Uz svaki termin mora biti naznačeno mjesto isporuke (npr. „FOB Sydney“, „EXW Hamburg“).

Što se tiče opsega obveza koje imaju prodavatelj i kupac, troškova koje snose i trenutka prijelaza rizika navedene termine možemo podijeliti u 4 skupine. Najmanje

28 Bergami, R., op. cit., str. 2., INCOTERMS 2010 – What you need to know, str. 4.

29 To znači da ako je pošiljka samo djelomično ukrcana na brod, a brod potone, ne dolazi do prijelaza rizika s prodavatelja na kupca. To znači da će u praksi kupci inzistirati na uvrštenju bilješki o utovaru cjelokupne pošiljke na brod u pomorskim prijevoznim ispravama. Vidi u Bergami, R., op. cit., str. 2.

30 Bergami, R., op. cit., str. 2.

31 Ova je obveza pandan obvezi isporuke robe. Vidi u INCOTERMS 2010 – What you need to know, str. 4.

obveza ima prodavatelj kod termina EXW, a najviše kod DDP termina. Prvu skupinu, s obzirom na ovaj kriterij činili bi E - termini, odnosno termin EXW-franko tvornica na temelju kojeg prodavatelj stavlja robu kupcu na raspolaganje u svojem prodajnom prostoru. Drugu skupinu čine F - termini: FCA - franko prijevoznik; FAS - franko uz bok broda i FOB - franko brod. Prema tim terminima prodavatelj je dužan isporučiti robu do prijevoznika kojeg je odredio kupac. Treću skupinu čine C - termini: CFR - cijena s vozarinom; CIF - cijena s osiguranjem i vozarinom; CPT - vozarina plaćena do i CIP - vozarina i osiguranje plaćeni do. Prema tim terminima prodavatelj je dužan organizirati i ugovoriti prijevoz robe, ali bez preuzimanja rizika gubitka ili oštećenja robe ili dodatnih troškova nastalih zbog događaja nakon utovara i otpreme. Četvrtu skupinu čine D - termini: DAT (isporučeno terminal); DAP (isporučeno na mjesto) i DDP (isporučeno, ocarinjeno). Prema tim terminima prodavatelj snosi sve troškove i rizike do zemlje primatelja, odnosno ugovorenog mjesta (odredišta) u zemlji odredišta.

Ovi se termini mogu podijeliti na nekoliko načina. Termin EXW razlikuje se od ostalih termina po tome što njime nije predviđen prijevoz robe. Termini se mogu podijeliti i na one kod kojih je prodavatelj dužan staviti robu na raspolaganje prijevozniku u mjestu otpreme ili luci utovara i snositi sve troškove prijevoza do mjesta odredišta ili luke istovara, pri čemu rizik za slučajnu propast stvari prelazi s prodavatelja na kupca u trenutku predaje robe prijevozniku u mjestu otpreme (FCA, FAS, FOB, CFR, CIF, CPT i CIP), i one kod kojih prodavatelj snosi i troškove prijevoza i rizik za slučajnu propast stvari do mjesta odredišta ili luke istovara (DAT, DAP i DDP).³²

INCO-TERMS 2010	Značenje	Obveza osiguranja	Obveza izvoznog carinjenja	Obveza uvoznog carinjenja	Točka prijelaza rizika prodavatelj /kupac	Točka prijelaza troškova prodavatelj/kupac
Termini za sve vrste prijevoza i multimodalni prijevoz						
EXW	Ex Works	bez obveze	kupac	kupac	mjesto isporuke (skladište prodavatelja)	mjesto isporuke
FCA	Free Carrier	bez obveze	prodavatelj	kupac	mjesto isporuke (predaja prvom prijevozniku)	mjesto isporuke

32 Folsom, R. H., Gordon, M. W., Spanogle, J. A., Jr., op. cit., str. 58-59.

CPT	Carriage Paid To	bez obveze	prodavatelj	kupac	mjesto isporuke (predaja prvom prijevozniku)	mjesto odredišta
CIP	Carriage and Insurance Paid To	prodavatelj	prodavatelj	kupac	mjesto isporuke (predaja prvom prijevozniku)	mjesto odredišta
DAT	Delivered at Terminal	bez obveze	prodavatelj	kupac	terminal/ luka-mjesto odredišta (roba je istovarena)	terminal/ luka-mjesto odredišta (roba je istovarena)
DAP	Delivered at Place	bez obveze	prodavatelj	kupac	mjesto odredišta (roba spremna za istovar)	mjesto odredišta (roba spremna za istovar)
DDP	Delivered Duty Paid	bez obveze	prodavatelj	prodavatelj	mjesto odredišta (roba spremna za istovar)	mjesto odredišta (roba spremna za istovar)
Termini za pomorski prijevoz i prijevoz unutarnjim plovnim putovima						
FAS	Free Along-side Ship	bez obveze	prodavatelj	kupac	luka utovara	luka utovara
FOB	Free on Board	bez obveze	prodavatelj	kupac	isporuka na palubi broda	isporuka na palubi broda
CFR	Cost and Freight	bez obveze	prodavatelj	kupac	isporuka na palubi broda	luka odredišta
CIF	Cost Insurance and Freight	prodavatelj	prodavatelj	kupac	isporuka na palubi broda	luka odredišta

Tablica 1.: pregled obveza prodavatelja i kupca kod INCOTERMS 2010 termina i točka prijelaza rizika i troškova s prodavatelja na kupca.

2.5.1. Termini koji se primjenjuju u svim vrstama prijevoza i u multimodalnom prijevozu

2.5.1.1. EXW termin

Na temelju EXW termina (termin franko tvornica) prodavatelj je dužan robu staviti na raspolaganje kupcu u svojim prostorijama ili drugom ugovorenom mjestu (skladište, tvornica, pogon i sl.). Obveza prodavatelja je da kupca obavijesti kad će mu roba biti stavljena na raspolaganje. Prodavatelj nema nikakve obveze u pogledu osiguranja robe i organiziranja prijevoza te nije dužan robu prevesti do prvog prijevoznika niti je ukrcati na prijevozno sredstvo.³³ Također on nema obvezu obavljanja izvoznog carinjenja, pribavljanja izvoznih dozvola, suglasnosti i sl. Rizik za slučajnu propast stvari prelazi s prodavatelja na kupca u trenutku kad je kupcu roba stavljena na raspolaganje. Ukoliko kupac ne preuzme robu koja mu je stavljena na raspolaganje na ugovoreni dan ili u ugovorenom roku za isporuku ili ako propusti dati odgovarajuće upute (što se tiču vremena utovara i/ili mjesta dostave robe) da bi prodavatelj mogao obaviti isporuku robe, snosi sve troškove i sav rizik od gubitka ili štete na robi od ugovorenog dana ili od trenutka isteka ugovorenog roka za isporuku, pod uvjetom da je roba identificirana i jasno odvojena za kupca kao ugovorena roba.³⁴ Prodavatelj je kupcu dužan dostaviti račun ili njegov ekvivalent ukoliko koristi elektroničku razmjenu podataka, ali mu nije dužan dostaviti ispravu o vlasništvu niti pribaviti upravnu dozvolu ili odobrenje za izvoz robe. Ako kupac želi obaviti pregled robe prije utovara, pregled će biti obavljen na njegov trošak. Prodavatelj ima obvezu nabaviti robu zapakiranu na uobičajeni način i trgovačku fakturu shodno kupoprodajnom ugovoru, kao i druge dokaze o usuglašenosti koji se mogu tražiti ugovorom. Prodavatelj stavlja robu na raspolaganje kupcu ugovorenog dana ili unutar ugovorenog roka u točki isporuke unutar ugovorenog mjesta. U slučaju ako točka ugovorenog mjesta nije određena ili ako ima više pogodnih točaka, prodavatelj može izabrati onu koja je svrsishodna. Prodavatelj plaća troškove kontrole robe koji su potrebni da bi izvršio isporuku te plaća sve troškove i snosi sve rizike od manjka ili oštećenja robe do trenutka isporuke. Konačno, prodavatelj ima obvezu pružiti pomoć kupcu, na njegov zahtjev, trošak i rizik, u pribavljanju informacija i dokumenata koji su kupcu potrebni za izvoz, uvoz ili transport robe.³⁵

Kupac ima obvezu platiti robu po cijeni dogovorenoj u kupoprodajnom ugovoru te preuzeti isporuku u prodavateljevim prostorijama dogovorenog datuma

33 Ukoliko se ugovorne strane dogovore da prodavatelj obavi utovar ili carinjenje robe kod izvoza ili za oboje o vlastitom trošku i riziku, treba odrediti radi li se o EXW "loaded" (ukrcano), EXW "cleared for export" (roba slobodna za izvoz) ili o EXW "loaded and cleared for export" (roba ukrcana i slobodna za izvoz).

34 Ovdje se radi o prijenosu rizika i troškova s prodavatelja na kupca i prije isporuke robe, kako bi se spriječilo odugovlačenje prijenosa rizika i troškova od strane kupca. Ova mogućnost prijevremenog prijenosa rizika i troškova predviđena je kod svih INCOTERMS termina.

35 Ramberg, J., INCOTERMS 2010, str. 88.-91.

ili unutar ugovorenog roka. Kupac snosi sve troškove i rizike od manjka ili oštećenja robe od trenutka isporuke te troškove i rizike pribavljanja izvoznih dozvola, troškove kontrole robe koje su propisali organi zemlje izvoza, troškove utovara robe u prijevozno sredstvo koje je sam pribavio te obaviti izvozno carinjenje u zemlji prodavatelja i platiti sve izvozne pristojbe. On mora prodavatelju osigurati dokaz o preuzimanju isporuke te platiti prodavatelju troškove koje je ovaj imao u pružanju pomoći prilikom pribavljanja dokumenata i informacija potrebnih za izvoz iz zemlje prodavatelja.³⁶

Ovaj termin određuje minimum obveza za prodavatelja te je primjenjiva za sve vrste prijevoza. Termin ne bi trebalo koristiti u slučaju kada kupac nije u mogućnosti izravno ili neizravno obaviti izvozne formalnosti. U takvim slučajevima treba primijeniti FCA termin.

2.5.1.2. FCA termin

Prema FCA terminu (termin franko prijevoznik) obveza je prodavatelja predati robu, slobodnu za izvoz, prijevozniku kojeg je odredio kupac u naznačenom mjestu ili točki. Ako je mjesto isporuke koje je odredio kupac u prostorijama prodavatelja, tada je za utovar robe na prijevozno sredstvo, koje je osigurao kupac, odgovoran prodavatelj. Ako se isporuka obavlja na nekom drugom mjestu, kada je roba stavljena na raspolaganje prijevozniku ili drugoj osobi koju je imenovao kupac, tada prodavatelj nije odgovoran za istovar robe sa svog prijevoznog sredstva. Ako kupac nije odredio točno mjesto, prodavatelj može birati u sklopu ugovorom predviđenog mjesta ili zone gdje prijevoznik treba preuzeti robu. Prodavatelj ne snosi troškove prijevoza ni osiguranja, ali može organizirati prijevoz po izričitom nalogu i za račun kupca ili ako je uobičajeno da prijevoz organizira prodavatelj. Ipak, i u ovim slučajevima prodavatelj može odbiti organiziranje prijevoza, ali mora o tome obavijestiti kupca.

Prodavatelj je obvezan pribaviti robu zapakiranu na uobičajeni način i trgovačku fakturu shodno kupoprodajnom ugovoru, kao i druge dokaze o usuglašenosti koji se mogu tražiti ugovorom. On snosi sve troškove pribavljanja izvoznih dozvola i drugih isprava te obavlja izvozno carinjenje i plaća sve pristojbe za izvoz. Prodavatelj plaća troškove kontrole koji su potrebni za isporuku robe, kao i troškove kontrole prije otpreme koje propisuju organi zemlje izvoza te obavještava kupca o spremnosti robe za isporuku. Rizik za slučajnu propast stvari prelazi s prodavatelja na kupca u trenutku isporuke robe prijevozniku, iako će obavijest o isporuci najčešće stići kupcu nakon što je rizik već prešao s prodavatelja na kupca. Ukoliko nema preciznih uputa kupca, prodavatelj može isporučiti robu za prijevoz na način koji je uvjetovan načinom prijevoza i/ili količinom i/ili prirodom robe. Ako kupac zatraži ili ne izda pravodobne upute za otpremu robe, prodavatelj može zaključiti ugovor pod uobičajenim uvjetima na rizik i o trošku kupca. Prodavatelj osigurava o svom trošku uobičajeni dokaz o isporuci robe. Ukoliko taj dokaz nije

³⁶ Ibid., str. 92.-95.

prijevozna isprava, prodavatelj je dužan kupcu pružiti, na njegov zahtjev, rizik i trošak, svaku pomoć u pribavljanju prijevozne isprave za ugovor o prijevozu. Prodavatelj mora kupca detaljno obavijestiti o izvršenoj isporuci ili o tomu da prijevoznik nije preuzeo robu unutar ugovorenog roka.³⁷

Kupac je obvezan platiti robu po cijeni iz kupoprodajnog ugovora te preuzeti isporuku dogovorenog datuma ili unutar ugovorenog roka u točki isporuke unutar ugovorenog mjesta, kao i prihvatiti dokaz o isporuci. On snosi sve troškove i rizike od manjka ili oštećenja robe od trenutka kada je roba utovarena na prijevozno sredstvo ili je predana prijevozniku ili nekoj drugoj osobi koju je kupac imenovao. Kupac mora pravodobno obavijestiti prodavatelja o načinu prijevoza, imenu prijevoznika ili druge osobe koja je određena za preuzimanje isporuke, odabranom vremenu, mjestu i točki preuzimanja isporuke. Ukoliko propusti obavijestiti prodavatelja o imenovanju prijevoznika ili ne dostavi odgovarajuće upute ili prijevoznik ne preuzme robu, snosi sve troškove i rizike za manjak ili oštećenje robe od ugovorenog datuma ili isteka ugovorenog roka za isporuku pod uvjetom da je roba jasno identificirana kao ugovorna roba. Kupac ugovara o svom trošku i na svoj rizik prijevoz od mjesta isporuke. Plaća sve pristojbe, poreze i druge troškove, kao i troškove obavljanja carinskih formalnosti koji se plaćaju na uvoz robe.³⁸

FCA termin može se primjenjivati u svim vrstama prijevoza. Ovaj se termin može koristiti i u pomorskom prijevozu u slučajevima kada se obavlja kontejnerski prijevoz tereta. Tradicionalni termin FOB nije primjeren za prodavatelja kada je on obvezan predati teret kontejnerskom terminalu prije dolaska broda, budući da on mora snositi rizik i troškove poslije trenutka kada nije u mogućnosti kontrolirati robu ili dati upute za njezino čuvanje.

2.5.1.3. CPT termin

CPT termin (termin vozarina plaćena do) obvezuje prodavatelja platiti troškove prijevoza robe do naznačenog mjesta odredišta. Kada ugovorne strane ugovore primjenu termina CPT, to znači da se prodavatelj oslobađa obveze kada robu preda prijevozniku ili drugoj osobi koju je on imenovao, u točki isporuke unutar mjesta otpreme, ali je dužan zaključiti ugovor o prijevozu i platiti troškove prijevoza do naznačenog odredišta. Rizici od manjka ili oštećenja robe prelaze na kupca kada prodavatelj preda robu prijevozniku. Ako se za prijevoz do mjesta odredišta koristi više uzastopnih prijevoznika, rizici prelaze kada je roba predana prvom prijevozniku. Kod ovog termina bitno je naglasiti da se vrijeme i mjesto prijelaza rizika i raspodjele troškova ne podudaraju.³⁹

37 Ibid., str. 98.-104.

38 Ibid., str. 105.-109.

39 Dok je prodavatelj dužan platiti redovite manipulacijsko-prijevozne troškove za prijevoz robe uobičajenim prijevoznim sredstvima i prijevoznim putovima i na uobičajeni način do ugovorenog odredišta, kupac snosi rizik za gubitak ili oštećenje robe, kao i dodatne troškove što mogu nastati kao posljedica događaja koji je nastao nakon predaje robe na prijevoz. Stoga, C-termini za razliku od drugih INCOTERMS termina imaju dvije "kritične" točke: podjelu

Obveza je prodavatelja pribaviti robu zapakiranu na uobičajeni način i trgovačku fakturu shodno kupoprodajnom ugovoru, kao i druge dokaze o usuglašenosti sukladno kupoprodajnom ugovoru. Prodavatelj pribavlja izvoznu dozvolu i druga propisana odobrenja, obavlja carinske formalnosti za izvoz i prijevoz do zemlje odredišta te plaća sve pristojbe, poreze i druge troškove prilikom izvoza. On plaća sve troškove koji se odnose na robu do trenutka njene predaje prijevozniku u mjestu otpreme, uključujući troškove utovara robe u prijevozno sredstvo. Prodavatelj sklapa ugovor o prijevozu i plaća troškove prijevoza do točke isporuke u mjestu odredišta i, ukoliko iz ugovora o prijevozu tako proizlazi, plaća sve tranzitne troškove i troškove istovara u mjestu odredišta. O svom trošku prodavatelj osigurava uobičajene prijevozne isprave ili odgovarajući elektronički zapis za ugovoreni prijevoz, a ako ima više uzastopnih prijevoznika, odnosno više prijevoznih isprava. Prodavatelj je dužan osigurati sve te dokumente koji će kupcu omogućiti da zahtijeva robu od prijevoznika u mjestu odredišta, kao i prodati robu u prijevozu. On obavještava kupca da je roba isporučena i pruža mu pomoć, na njegov zahtjev, rizik i trošak, u pribavljanju isprava i podataka koje su kupcu potrebne za uvoz ili daljnji prijevoz robe.⁴⁰

Kupac mora platiti robu po cijeni iz kupoprodajnog ugovora te preuzeti isporuku u mjestu otpreme, prihvatiti prijevoznu ispravu i primiti robu od prijevoznika u mjestu odredišta. On snosi sve rizike od manjka ili oštećenja robe od trenutka kada je predana prijevozniku u mjestu otpreme. Kupac plaća sve troškove od trenutka isporuke koji nisu na teret prodavatelja, troškove na robu dok je u prijevozu i troškove istovara ukoliko nisu na teret prodavatelja sukladno ugovoru o prijevozu. Plaća sve troškove i snosi sve rizike, ukoliko propusti prodavatelju dostaviti pravovremene upute za otpremu od ugovorenog datuma ili nakon isteka ugovorenog roka. Kupac plaća sve pristojbe, poreze i druge troškove koji se plaćaju na uvoz robe te obavlja uvozne carinske formalnosti. Nadoknađuje prodavatelju sve troškove i izdatke koje je prodavatelj imao po njegovom zahtjevu. Kupac osigurava ili pruža pomoć prodavatelju, na njegov zahtjev, rizik i trošak, u odnosu na sve dokumente i informacije koji su potrebni za izvoz i prijevoz robe.⁴¹

troškova i podjelu rizika. Zbog toga se najveća pozornost treba posvetiti onim slučajevima kada se odredbama C-termina dodaju obveze prodavatelja u vremenu nakon "kritične" točke za podjelu rizika. Bit C-termina oslobađanje je prodavatelja od bilo kojih daljnjih rizika i troškova nakon što je on potpuno ispunio obveze iz ugovora o kupoprodaji, odnosno nakon što je zaključio ugovor o prijevozu i predao robu prijevozniku te obavio osiguranje robe (zaključio ugovor o transportnom osiguranju i platio premiju) prema odredbama CIF i CIP termina. Vidi u Ramberg, J., INCOTERMS 2000, str. 42.-43., Ratko Zelenika, Nikola Đaković, Incoterms 1990. u kaleidoskopu vanjskotrgovinskog i prometnog sustava, Zavod za istraživanje i razvoj sigurnosti, Zagreb, 1992., str. 31.-32.

40 Ramberg, J., INCOTERMS 2010, str. 112.-117.

41 Ibid., str. 118.-122.

2.5.1.4. CIP termin

Termin CIP (termin vozarina i osiguranje plaćeni do) određuje iste obveze prodavatelja kao i CPT termin, ali prodavatelj ima i dodatnu obvezu sklapanja ugovora o osiguranju s minimalnim pokrićem protiv rizika kupca od gubitka ili oštećenja robe tijekom prijevoza, platiti premiju osiguranja i dostaviti kupcu policu osiguranja ili drugu ispravu o osiguranju.⁴² Kupac može zahtijevati od prodavatelja i proširenje pokrića, ali snosi troškove dodatnog osiguranja. Prodavatelj je izvršio isporuku kada je predao robu prijevozniku kojeg je imenovao u mjestu otpreme, ali je dužan platiti troškove prijevoza do mjesta odredišta. Prodavatelj je ispunio svoju obvezu kada je predao robu prijevozniku ugovorenog datuma ili unutar dogovorenog roka, a ne kada je roba stigla u mjesto odredišta, što znači da se prijelaz rizika i raspodjela troškova s prodavatelja na kupca ne odvijaju u isto vrijeme i na istom mjestu. Prodavatelj pribavlja izvoznu dozvolu i druga propisana odobrenja, obavlja carinske formalnosti za izvoz i prijevoz do zemlje odredišta te plaća sve pristojbe, poreze i druge troškove prilikom izvoza.⁴³

2.5.1.5. DAT termin

Termin DAT (termin isporučeno na terminal) znači da se prodavatelj oslobađa obveze kada robu stavi na raspolaganje kupcu na imenovanom terminalu⁴⁴ u imenovanoj luci ili mjestu odredišta, istovarenu s prispjelog prijevoznog sredstva na ugovoreni datum ili unutar ugovorenog roka. Obje ugovorne strane trebaju se dogovoriti o terminalu i ako je moguće točki unutar terminala u kojoj će rizik za oštećenje ili propast stvari prijeći s prodavatelja na kupca.⁴⁵

Obveza je prodavatelja pribaviti robu zapakiranu na uobičajeni način i trgovačku fakturu shodno kupoprodajnom ugovoru, kao i druge dokaze o usuglašenosti sukladno s kupoprodajnim ugovorom. On pribavlja dozvolu i propisana odobrenja za izvoz, obavlja carinske formalnosti za izvoz i prijevoz te plaća sve pristojbe, poreze i druge naknade prilikom izvoza. Prodavatelj plaća sve troškove prijevoza robe do odredišta, kao i troškove istovara na ugovorenom terminalu u mjestu odredišta. Snosi sve rizike manjka ili oštećenja robe do trenutka njene predaje primatelju na ugovorenom terminal te dostavlja kupcu odgovarajuću ispravu koja će mu omogućiti preuzimanje isporuke na ugovorenom terminal. Konačno, prodavatelj mora obavijestiti kupca da je roba dopremljena do ugovorenog terminala te mu

42 Minimalno pokriće iz ugovora o osiguranju primijenit će se u slučaju nastanka štete i na robi i na prijevoznom sredstvu. Inače uvijek postoji mogućnost proširenja pokrića na zahtjev kupca robe ili da kupac sam osigura robu. Vidi u Ramberg, J., INCOTERMS 2000, str. 44.-45.

43 INCOTERMS 2010 – 11 Standard Trade Definitions Used In International Freight Transactions, www.kalgin.com.au/incoterms.html, 20. srpnja 2011., str. 1.-2.

44 Pod pojmom "terminal" podrazumijeva se mjesto ili uređeni prostor, pokriven ili nepokriven, kao što je gat, skladište, kontejnerski terminal te cestovni, željeznički ili zračni terminal.

45 U slučaju ako se želi da prodavatelj snosi sve troškove i odgovornost od terminala do druge točke, može se primijeniti DAP ili DDP termin.

pružiti pomoć u pribavljanju isprava i podataka potrebnih za uvoz i daljnji prijevoz robe.⁴⁶

Kupac mora platiti robu po cijeni iz kupoprodajnog ugovora te preuzeti isporuku na ugovorenom terminalu, prihvatiti ispravu o isporuci i primiti robu od operatera terminala. On plaća sve troškove i snosi sve rizike ukoliko nije prodavatelju dostavio pravovremene upute za otpremu robe te snosi sve rizike i troškove zbog manjka ili oštećenja robe od trenutka kada je ona istovarena u ugovorenom terminalu. Kupac pribavlja o svom trošku uvoznu dozvolu i druga odobrenja, obavlja uvozne carinske formalnosti i plaća sve pristojbe, poreze i druge izdatke koji se plaćaju na uvoz robe. Kupac mora prodavatelju platiti sve troškove i izdatke koje je ovaj imao u pribavljanju isprava i podataka po njegovom zahtjevu te mu pružiti pomoć u pribavljanju isprava i podataka potrebnih za izvoz i prijevoz robe do odredišta.⁴⁷

2.5.1.6. DAP termin

Prema terminu DAP (termin isporučeno u mjestu) prodavatelj obavlja isporuku kada robu stavi na raspolaganje kupcu, neocarinjenu za uvoz i neistovarenu s prispjelog prijevoznog sredstva, u naznačenom mjestu na ugovoreni datum ili unutar ugovorenog roka.⁴⁸ Kod DAP termina prodavatelj snosi sve rizike u kretanju robe do trenutka njezine isporuke, ali za razliku od DAT termina, istovar robe s pristiglog vozila u mjestu odredišta obveza je kupca.

Prodavatelj mora pribaviti robu zapakiranu na uobičajeni način i trgovačku fakturu shodno kupoprodajnom ugovoru, kao i druge dokaze o usklađenosti sukladno kupoprodajnom ugovoru. On mora pribaviti izvoznu dozvolu i druga odobrenja, obaviti izvozne carinske formalnosti i platiti sve pristojbe, poreze i druge naknade za izvoz. Prodavatelj ugovora prijevoz i plaća troškove prijevoza do ugovorenog mjesta odredišta i snosi sve rizike manjka ili oštećenja robe dok ne bude isporučena u naznačenom mjestu. Dostavlja kupcu odgovarajuće prijevozne isprave ili elektronički zapis koji će kupcu omogućiti da zahtijeva i preuzme robu od prijevoznika u mjestu odredišta. Prodavatelj dostavlja kupcu podatke o otpremi i kretanju robe te mu pruža pomoć u pribavljanju isprava i podataka potrebnih za uvoz i eventualni daljnji prijevoz robe.⁴⁹

Kupac ima obvezu platiti robu po cijeni iz kupoprodajnog ugovora te preuzeti isporuku od prodavatelja, prihvatiti prijevozne isprave i primiti robu od prijevoznika u mjestu odredišta. On plaća sve dodatne troškove i snosi sve rizike ukoliko propusti prodavatelju dostaviti pravovremene upute za otpremu robe. Kupac snosi sve rizike manjka ili oštećenja robe od trenutka preuzimanja isporuke u mjestu

46 Ramberg, J., INCOTERMS 2010, str. 128.-129.

47 Ibid., str. 132.-136.

48 Obje ugovorne strane trebaju se dogovoriti o točki unutar određenog mjesta odredišta u kojoj će rizik za oštećenje ili propast stvari prijeći s prodavatelja na kupca.

49 Ibid., str. 138.-142.

odredišta. Plaća troškove istovara robe u mjestu odredišta, ukoliko ti troškovi nisu na teret prodavatelja prema ugovoru o prijevozu. Kupac pribavlja o svom trošku uveznu dozvolu i druga odobrenja, obavlja uvezne carinske formalnosti te plaća sve pristojbe, poreze i druge izdatke potrebne za uvoz robe. Konačno, kupac plaća prodavatelju sve troškove i izdatke koje je ovaj imao prilikom pribavljanja isprava i podataka na zahtjev kupca te mu pruža pomoć prilikom pribavljanja isprava i podataka za izvoz i prijevoz robe.⁵⁰

2.5.1.7. DDP termin

Prema terminu DDP (termin isporučeno i ocarinjeno) prodavatelj se oslobađa obveze kada je robu stavio na raspolaganje kupcu, ocarinjenu za uvoz, neistovarenu na prispjelom prijevoznom sredstvu. Prodavatelj snosi sve troškove i sve rizike uključene u dopremu robe do tog mjesta i ima obvezu ne samo izvoznog carinjenja robe, nego i uveznog, kao i plaćanja svih pristojbi, poreza i drugih troškova za izvoz i uvoz robe.

Prodavatelj je obvezan pribaviti robu zapakiranu na uobičajeni način i trgovačku fakturu shodno kupoprodajnom ugovoru, kao i druge dokaze o usklađenosti sukladno s kupoprodajnim ugovorom. On pribavlja izveznu i uveznu dozvolu i druga odobrenja, obavlja izvezne i uvezne carinske formalnosti te plaća sve pristojbe, poreze i druge troškove koji se plaćaju prilikom izvoza i uvoza robe. Prodavatelj sklapa ugovor o prijevozu i plaća sve troškove i snosi sve rizike manjka ili oštećenja robe do trenutka isporuke u mjestu odredišta. Kupcu mora dostaviti odgovarajuću prijevoznu ispravu ili elektronički zapis, koji će kupcu omogućiti da zahtijeva i preuzme robu od prijevoznika u mjestu odredišta te mu dostaviti podatke o otpremi i kretanju robe koji mu omogućuju nesmetano preuzimanje robe.⁵¹

S druge strane, kupac mora platiti robu po cijeni iz kupoprodajnog ugovora te preuzeti isporuku od prodavatelja, prihvatiti ispravu o isporuci i primiti robu od prijevoznika u mjestu isporuke. Kupac plaća sve dodatne troškove i snosi sve rizike ukoliko propusti prodavatelju pravovremeno dostaviti upute za otpremu robe. On plaća sve troškove i snosi sve rizike manjka ili oštećenja robe od trenutka njenog prijema od prijevoznika u mjestu odredišta. Kupac također plaća troškove istovara robe, ukoliko ne padaju na trošak prodavatelja shodno ugovoru o prijevozu. On mora prodavatelju pružiti pomoć u pribavljanju isprava i podataka potrebnih za izvoz, uvoz i prijevoz robe.⁵²

⁵⁰ Ibid., str. 143.-148.

⁵¹ Ibid., str. 150.-154.

⁵² Ibid., str. 155.-158.

2.5.2. Termini koji se primjenjuju u pomorskom prijevozu i prijevozu unutaršnjim plovnim putovima

2.5.2.1. FAS termin

FAS termin (termin franko uz bok broda) obvezuje prodavatelja da isporuku robe obavi polaganjem robe uz bok broda na obali (gatu), odnosno u teglenicu (maona, barža, potisnica) u naznačenoj luci utovara. Prodavatelj je dužan isporučiti robu uz bok broda ili osigurati da bude tako isporučena, pri čemu izraz „osigurati“ omogućuje više uzastopnih prodaja robe tijekom prijevoza (lančana prodaja). Ovaj se termin primjenjuje u slučaju prijevoza robe vodenim putem, no INCOTERMS 2010 ukazuje da se ne bi trebao koristiti u multimodalnom pomorskom prijevozu kontejnera. U praksi se FAS termin koristi za prijevoz rasutog tereta (engl. *bulk cargo*) ili tereta velike mase (engl. *heavy-lift cargo*). Rizik za propast ili oštećenje robe tijekom prijevoza robe do predaje uz bok naznačenog broda i troškove toga prijevoza snosi prodavatelj. Prijevoz i osiguranje robe od luke utovara organizira kupac, a prodavatelj je dužan obavijestiti kupca o dostavi robe uz bok naznačenog broda. U tom trenutku prelazi rizik za slučajnu propast stvari s prodavatelja na kupca.

Prodavatelj je obavezan pribaviti robu zapakiranu na uobičajeni način i trgovačku fakturu sukladno kupoprodajnom ugovoru, kao i druge dokaze o usuglašenosti sukladno s kupoprodajnim ugovorom, ugovorenog datuma ili unutar ugovorenog roka. O svom trošku pribavlja izvoznu dozvolu ili drugo službeno odobrenje, obavlja izvozne carinske formalnosti i plaća sve carinske, porezne i druge izvozne pristojbe prema propisima zemlje izvoza.⁵³ On plaća sve troškove dopreme robe do točke isporuke unutar luke utovara i snosi sve rizike manjka ili oštećenja robe do te točke i trenutka isporuke. Prodavatelj pribavlja i dostavlja kupcu uobičajeni dokaz o isporuci, a ukoliko taj dokaz nije prijevozna isprava, dužan je kupcu pružiti pomoć u pribavljanju tog dokumenta, ali na rizik i trošak kupca.⁵⁴ Obveza je prodavatelja dostaviti kupcu podatke s dovoljno detalja o spremnosti robe za isporuku, kao i podatke o tomu da je brod, kojeg je imenovao kupac, propustio preuzeti robu unutar ugovorenog roka. On pomaže kupcu u pribavljanju isprava i podataka koje su mu potrebne za uvoz i daljnji prijevoz robe, na njegov rizik i trošak. Konačno, prodavatelj plaća kupcu troškove i izdatke koje je ovaj imao pružajući mu pomoć u pribavljanju isprava i podataka koje su mu bile potrebne za izvoz robe i njen prijevoz do luke utovara.⁵⁵

S druge strane, kupac mora platiti robu po cijeni iz kupoprodajnog ugovora te preuzeti isporuku od prodavatelja, prihvatiti ispravu o isporuci i primiti robu uz bok broda u luci utovara ugovorenog datuma ili unutar ugovorenog roka za otpremu. Kupac plaća troškove utovara robe na brod, ugovara i plaća troškove prijevoza od

53 Ova je obveza prodavatelja uvedena revizijom INCOTERMS-a 2000. godine.

54 Ako kupac ima namjeru prodavati robu tijekom prijevoza, onda bi prodavatelj trebao pribaviti teretnicu.

55 Ibid., str. 162.-165.

ugovorene luke utovara te snosi sve rizike manjka ili oštećenja robe od trenutka preuzimanja u točki isporuke unutar luke utovara. Kako bi prodavatelj mogao ispuniti svoju obvezu, kupac mu mora dostaviti podatke o imenovanju broda, datumu dolaska u luku utovara i dopuštenom vremenu za utovar unutar ugovorenog roka. Kupac plaća dodatne troškove i snosi sve rizike od ugovorenog datuma ili isteka ugovorenog roka, ukoliko propusti dostaviti prodavatelju podatke u svezi s brodom, ili brod ne stigne na vrijeme u luku utovara, ili nije u stanju preuzeti svu robu, ili prestane primati robu prije isteka ugovorenog roka. Također pribavlja uveznu dozvolu i druga odobrenja, obavlja uvezne carinske formalnosti i plaća sve pristojbe, poreze i druge izdatke na uvoz robe. Kupac pomaže prodavatelju u pribavljanju isprava i podataka koje su potrebne za izvoz i prijevoz robe do luke utovara, ali na rizik i trošak prodavatelja.⁵⁶

2.5.2.2. *FOB termin*

Prema FOB terminu (termin franko brod) prodavatelj se oslobađa obveze kada je roba ukrcana na brod kojeg je imenovao kupac u ugovorenoj točki unutar luke utovara ili da omogućiti da je na taj način roba isporučena ugovorenog datuma ili unutar ugovorenog roka za isporuku, kao i na način uobičajen u luci utovara. Rizik za oštećenje ili propast stvari prelazi s prodavatelja na kupca u trenutku kada roba stigne „na palubu broda“ (engl. *on board the vessel*) i to kada je ukrcana cjelokupna pošiljka. I ovaj se termin primjenjuje u slučaju prijevoza robe vodenim putem, no INCOTERMS 2010 ukazuje da se ovaj termin ne bi trebao koristiti u multimodalnom pomorskom prijevozu kontejnera. U pomorskom prijevozu kontejnera treba primjenjivati FCA termin.

Prodavatelj je obavezan pribaviti robu zapakiranu na uobičajeni način i trgovačku fakturu sukladno kupoprodajnom ugovoru, kao i druge dokaze o usuglašenosti u skladu s kupoprodajnim ugovorom, ugovorenog datuma ili unutar ugovorenog roka. On o svom trošku i na vlastiti rizik pribavlja izveznu dozvolu i druga odobrenja, obavlja izvezne carinske formalnosti i plaća sve carinske, porezne i druge izvezne pristojbe prema propisima zemlje izvoza. Prodavatelj ugovara i plaća sve troškove dopreme robe do luke utovara, snosi sve troškove utovara robe na brod te snosi sve rizike od manjka ili oštećenja robe do trenutka završetka utovara. On pribavlja i dostavlja kupcu uobičajenu ispravu o isporuci i, ako se ta isprava izdaje u više izvornika, dužan je kupcu dostaviti potpuni komplet te isprave. Prodavatelj mora kupcu dostaviti potpune i pravovremene podatke o završetku utovara robe, kao i o tome da brod nije preuzeo robu unutar ugovorenog roka. On pomaže kupcu u pribavljanju isprava i podataka potrebnih za daljnji prijevoz i uvoz robe, ali na trošak i rizik kupca. Prodavatelj plaća kupcu troškove i izdatke koje je ovaj imao pružajući mu pomoć u pribavljanju isprava i podataka potrebnih za izvoz i prijevoz robe do luke utovara.⁵⁷

⁵⁶ Ibid., str. 166.-170.

⁵⁷ Ibid., str. 172.-176.

Kupac mora platiti robu po cijeni iz kupoprodajnog ugovora te preuzeti isporuku od prodavatelja, prihvatiti ispravu o isporuci i primiti robu ukrcanu na brod u luci utovara ugovorenog datuma ili unutar ugovorenog roka za otpremu. On dostavlja prodavatelju podatke o brodu, datuma dolaska u luku utovara i dopuštenom vremenu za utovar unutar ugovorenog roka za otpremu. Kupac sklapa ugovor o prijevozu i plaća troškove prijevoza od ugovorene luke utovara te snosi sve rizike od manjka ili oštećenja robe od trenutka završetka utovara robe na brod. Plaća sve dodatne troškove i snosi sve rizike od ugovorenog datuma ili isteka ugovorenog roka, ukoliko propusti dostaviti prodavatelju podatke u svezi s brodom, ili zakašnjenju dolaska broda u luku utovara, ili ako brod ne preuzme robu, ili prestane primati robu prije isteka ugovorenog roka. Kupac pribavlja uvoznu dozvolu i druga odobrenja, obavlja uvozne carinske formalnosti i plaća sve pristojbe, poreze i druge izdatke na uvoz robe. On pomaže prodavatelju u pribavljanju isprava i podataka koji su potrebni za izvoz i dopremu robe do luke utovara, ali na rizik i trošak prodavatelja. Konačno, kupac plaća prodavatelju sve troškove i izdatke koje je ovaj imao pružajući mu pomoć u pribavljanju isprava i podataka potrebnih za uvoz i prijevoz robe od luke utovara.⁵⁸

2.5.2.3. CFR termin

Ugovaranjem CFR termina (termin troškovi i vozarina) prodavatelj se oslobađa obveze kada je roba ukrcana na brod u luci utovara ili je omogućio da bude tako otpremljena.⁵⁹ Prodavatelj je dužan ugovoriti prijevoz i platiti vozarinu do naznačene luke odredišta, ali rizici od gubitka ili oštećenja robe prelaze s prodavatelja na kupca kada je roba ukrcana na brod. Kod ovog termina, kao ni kod CPT, CIP i CIF termina, mjesto i vrijeme prijelaza troškova i rizika se ne podudaraju.

Prodavatelj je dužan pribaviti robu zapakiranu na uobičajeni način i trgovačku fakturu sukladno kupoprodajnom ugovoru, kao i druge dokaze o usuglašenosti u skladu s kupoprodajnim ugovorom, ugovorenog datuma ili unutar ugovorenog roka. Pribavljanje izvozne dozvole i drugih odobrenja, obavljanje izvoznih carinskih formalnosti i plaćanje carinskih, poreznih i drugih izvoznih pristojbi prema propisima zemlje izvoza obavlja prodavatelj. On ugovara i plaća troškove dopreme robe do luke utovara, utovar robe na brod i snosi sve rizike od manjka ili oštećenja robe do trenutka završetka utovara. Prodavatelj sklapa ugovor o prijevozu i plaća prijevoz robe do luke odredišta i plaća dio troškova istovara ako to proizlazi iz ugovora o prijevozu. On pribavlja i kupcu dostavlja odgovarajuću prijevoznu ispravu, koja će kupcu omogućiti da zahtijeva od prijevoznika predaju robe u luci odredišta, kao i da može prodati robu tijekom prijevoza. Prodavatelj dostavlja kupcu detaljne podatke o spremnosti robe za utovar, tijekom i završetku utovara, ili o tome da brod nije došao na vrijeme ili nije preuzeo robu ili je prestao preuzimati robu prije isteka ugovorenog roka. Prodavatelj pomaže kupcu u pribavljanju isprava i

⁵⁸ Ibid., str. 177.-180.

⁵⁹ U slučaju Roll-on/Roll-off ili kontejnerskog prijevoza bolje je primijeniti CPT termin.

podataka potrebnih za uvoz ili prijevoz robe od luke odredišta, ali na rizik i trošak kupca. On plaća kupcu sve troškove i izdatke koje je ovaj imao pružajući mu pomoć u pribavljanju isprava i podataka za izvoz i prijevoz robe do luke utovara.⁶⁰

Kupac mora platiti robu po cijeni iz kupoprodajnog ugovora te preuzeti isporuku od prodavatelja u luci utovara, prihvatiti ispravu o isporuci i primiti robu od prijevoznika u luci odredišta. Prodavatelju mora pravodobno dostaviti podatke o vremenu za otpremu robe i odrediti točku prijema robe u luci utovara, ako na to ima pravo prema kupoprodajnom ugovoru. Kupac snosi sve rizike od manjka ili oštećenja robe od trenutka završetka utovara robe na brod. On plaća troškove istovara u luci odredišta, uključujući i plaćanje takse za vezivanje broda i pretovar (engl. *wharfage* i *lighterage*), ako ti troškovi na padaju na prodavatelja sukladno ugovoru o prijevozu. Kupac pribavlja uvoznu dozvolu i druga odobrenja, obavlja uvozne carinske formalnosti i plaća sve pristojbe, poreze i druge naknade koje se plaćaju pri uvozu robe. On pomaže prodavatelju u pribavljanju isprava i podataka potrebnih za izvoz, dopremu robe do luke utovara i daljnji prijevoz, ali na trošak i rizik prodavatelja. Kupac plaća prodavatelju troškove i izdatke koje je ovaj imao pružajući mu pomoć u pribavljanju isprava i podataka za uvoz i daljnji prijevoz robe od luke odredišta.⁶¹

2.5.2.4. *CIF termin*

Termin CIF (termin troškovi, osiguranje, vozarina) određuje iste obveze prodavatelja kao i CFR termin, ali prodavatelj ima i dodatnu obvezu sklapanja ugovora o osiguranju s minimalnim pokrićem protiv rizika kupca od gubitka ili oštećenja robe tijekom prijevoza, plaćanje premije osiguranja i dostavljanje kupcu police osiguranja ili drugu ispravu o osiguranju.⁶² Prema ovom terminu prodavatelj obavlja isporuku kada je roba ukrcana na brod u luci ukrcaja ili je omogućio da roba bude tako otpremljena. Prodavatelj je dužan platiti troškove dopreme robe do luke ukrcaja, troškove ukrcaja na brod, vozarinu do luke odredišta i osiguranje robe u prijevozu do luke odredišta. Rizici od gubitka ili oštećenja na robu prelaze s prodavatelja na kupca trenutkom završetka ukrcaja robe na brod.

2.6. *INCOTERMS-i i prijevozne isprave*

Tretnica (konosman, engl. *Bill of Lading*) prijevozna je isprava koja ima sljedeća obilježja: a) njome se dokazuje ugovor o prijevozu, b) njome se dokazuje isporuka (utovar) robe u brod (na palubu broda), c) ona je vrijednosni papir na temelju kojeg se (indosamentom, ako glasi po naredbi) prenosi pravo na robu s jedne na drugu osobu. Druge prijevozne isprave imaju prva dva obilježja, ali ne mogu kontrolirati isporuku robe u mjestu odredišta te ne omogućuju prodaju robe

60 Ibid., str. 184.-191.

61 Ibid., str. 192.-197.

62 Ako se radi o kontejnerskom prijevozu bolje je primijeniti CIP termin.

tijekom trajanja prijevoza i izdavanje promijenjene prijevozne isprave kupcu. U drugim prijevoznim ispravama naznačuje se osoba koja je ovlaštena preuzeti robu u mjestu odredišta. Teretnica se izdaje u nekoliko izvornika (najčešće u tri izvornika), pa je za kupca ili banku koja djeluje prema njegovim uputama vrlo značajno da prodavatelj u trenutku naplate protuvrijednosti isporučene robe preda sve izvornike (puni komplet, engl. *full set*). Prijevoznom ispravom može se dokazati i da je roba primljena na prijevoz u dobrom stanju, ukoliko to prijevoznik može ustanoviti. Ukoliko na prijevoznj ispravi ima nekih napomena koje ukazuju da roba nije u dobrom stanju, tada isprava postaje "nečista" (engl. *unclean*).⁶³ U praksi teretnicu često zamjenjuje primjena EDI postupaka.

U međunarodnoj trgovini i prijevozu javljaju se i neprenosive prijevozne isprave kao što su brodski teretni list (engl. *sea-way bill*), teretni list linijskog broda (engl. *liner way bill*), robnootpremni list (engl. *freight receipts*) i druge. Teretni list ima najveće značenje u željezničkom prometu. Ukoliko kupac želi prodati robu tijekom prijevoza i prenijeti pravo vlasništva robe predajom prijevozne isprave, treba zadržati obvezu prodavatelja da pribavi teretnicu prema terminima CFR i CIF.⁶⁴

2.7. Odnos INCOTERMS-a i transportnih klauzula iz Općih uzanci za promet robom te odredbi Zakona o obveznim odnosima u ugovorima o kupoprodaji bez međunarodnog obilježja

Transportne klauzule⁶⁵ iz Općih uzanci za promet robom (uzance 100-114), koje su donesene 1954. godine, uređuju prijelaz rizika za propast ili oštećenje robe s prodavatelja na kupca u ugovorima o prodaji koji se zaključuju u unutarnjem trgovačkom prometu. Ove su klauzule preuzete u Opće uzance po uzoru na INCOTERMS termine koji su doneseni 1953. godine. Na taj su način termini INCOTERMS-a 1953. postali sastavni dio unutarnjeg prava tadašnje Jugoslavije. Ugovorne strane su mogle i u vanjskotrgovinskom poslovanju izričito ugovoriti primjenu klauzula sadržanih u Općim uzancama ili ugovaranjem domaćeg materijalnog prava, kao mjerodavnog prava za konkretan ugovorni odnos. Ipak se

63 Osoba koja utovaruje robu (prodavatelj) teško će staviti u promet teretnicu s primjedbama glede robe (tereta). Stoga krcatelj nastoji spriječiti unošenje bilo kakvih primjedaba koje bi teretnici oduzele osobinu čiste teretnice. I u slučaju kada su takve primjedbe osnovane i opravdane, krcatelj će nastojati dobiti čistu teretnicu, nudeći garantno pismo (engl. *letter of indemnity*) kojim se obvezuje nadoknaditi štetu brodaru (prijevozniku) koji preuzima odgovornost prema zakonitom imatelju teretnice iz izdane čiste teretnice, kada je brodar mogao unijeti svoje primjedbe u teretnicu, a to nije učinio. Vidi Ivo Grabovac, Hrvatsko pomorsko pravo i međunarodne konvencije, Split, Književni krug, 1995., str. 106.-108.

64 Zelenika, R., Đaković, N., op. cit., str. 37.-39.

65 Pojam "transportne klauzule" treba prihvatiti s rezervom, budući da ove klauzule uređuju pravne i ekonomske odnose između prodavatelja i kupca, a ne pravne i ekonomske odnose između davatelja i korisnika prijevoznih usluga. Vidi Zelenika, R., Đaković, N., op. cit., str. 35.-37.

preporučalo da se u vanjskotrgovinskom poslovanju koriste termini INCOTERMS zbog boljega poznavanja tih pravila od strane ugovornih strana.⁶⁶

Problemi u primjeni transportnih klauzula iz Općih uzanci nastali su uslijed kasnijih revizija INCOTERMS termina. Postavilo se pitanje usklađenosti transportnih klauzula iz Općih uzanci i kasnijih verzija INCOTERMS termina iz čega su proizlazile neke negativnosti, ali i neke pozitivne stvari. Negativnost su se očitovale u tomu da se nije pratio razvoj INCOTERMS-a te se stvarala različita regulacija za istu problematiku u unutarnjem i vanjskom trgovačkom poslovanju. Pozitivna strana očitovala se u tomu da je u unutarnjem prometu stvoren skup pravila čija je primjena bila ustaljena i koja su imala stalan i izvjestan sadržaj. Treba prihvatiti rješenje koje je usvojila i Međunarodna trgovačka komora pri usvajanju INCOTERMS termina: same ugovorne strane određuju koje će termine i u kojoj verziji primijeniti u ugovoru. Pri tom nema zaprjeka da se u unutarnjem prometu primjenjuju termini INCOTERMS 2010, kada to žele ugovorne strane.⁶⁷

Odredbе Zakona o obveznim odnosima uređuju pitanje prijelaza rizika u svega dva članka (čl. 378. i 379.).⁶⁸ Konačno, na kupoprodaje trgovačkog prava najčešće će se primjenjivati odredbe čl. 394. Zakona o obveznim odnosima o prijelazu rizika kod distancijske kupoprodaje.⁶⁹ Ove su odredbe dispozitivne naravi i primijenit će se jedino ako ugovorne strane pitanje prijelaza rizika nisu uredile svojim ugovorom. Ove odredbe ZOO-a primjenjivat će se kod ugovora o kupoprodaji bez međunarodnog obilježja. U praksi trgovaca ti će ugovori sadržavati i transportne klauzule iz Općih uzanci za promet robom. Zakon o obveznim odnosima u čl. 12. st. 1.-3. uređuje primjenu trgovačkih običaja i prakse koju su trgovci međusobno razvili. U obveznim odnosima trgovaca primjenjuju se trgovački običaji koji se nisu razvili u struci u kojoj se sklapa ugovor, ali uz uvjet da se izričito ugovori njihova

66 Dragutin Ledić, "Isporuka robe i prijelaz rizika prema rješenjima Zakona o obveznim odnosima", *Godišnjak Pravnog fakulteta Banja Luka*, (6/1982), str. 36.

67 To još više dolazi do izražaja u posljednjoj reviziji INCOTERMS termina iz 2010. godine koja izričito određuje da se oni primjenjuju i u domaćoj i u međunarodnoj trgovini. Vidi u Matić, T., op. cit., str. 48.-49.

68 Članak 378. ZOO-a glasi:

"(1) Do predaje stvari kupcu rizik slučajne propasti ili oštećenja stvari snosi prodavatelj, a s predajom stvari rizik prelazi na kupca.

(2) Rizik ne prelazi na kupca ako je on zbog nekog nedostatka predane stvari raskinuo ugovor ili zahtijevao zamjenu stvari."

Članak 379. ZOO-a glasi:

"(1) Ako predaja stvari nije izvršena zbog kupčeva zakašnjenja, rizik prelazi na kupca u času kad je došao u zakašnjenje.

(2) Kad su objekt ugovora stvari određene po rodu, rizik prelazi na kupca u zakašnjenju ako je prodavatelj izdvojio stvari očito namijenjene predaji i o tome odaslao obavijest kupcu.

(3) Ali kad su stvari određene po rodu takve naravi da prodavatelj ne može izdvojiti jedan njihov dio, dovoljno je da je prodavatelj izvršio sve radnje koje su potrebne da bi kupac mogao preuzeti stvar i da je o tome odaslao obavijest kupcu."

69 Članak 394. ZOO-a glasi:

„Kada je prema ugovoru potrebno izvršiti prijevoz, a ugovorom nije određeno mjesto ispunjenja, preda ja je izvršena uručenjem stvari prijevozniku ili otpremniku.“

primjena. Kada se radi o trgovačkim običajima koje trgovci redovito primjenjuju u trgovačkim obveznim odnosima, oni se primjenjuju automatski, osim ako su ih izričito ili prešutno isključili iz primjene. Pritom trgovački običaji i praksa imaju prednost u primjeni u odnosu na dispozitivne odredbe ZOO-a. Ove odredbe predstavljaju osnovu za primjenu transportnih klauzula iz Općih uzanci za promet robom u trgovačkim ugovorima o kupoprodaji u domaćoj trgovini, uz uvjet da ugovorne strane izričito ugovore njihovu primjenu.⁷⁰

3. PRIJELAZ RIZIKA PREMA KONVENCIJI UN-A O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE

3.1. Područje primjene Konvencije UN-a o međunarodnoj prodaji robe

U slučaju da ugovorne strane nisu točno utvrdile trenutak prijelaza rizika u ugovoru, odnosno nisu ugovorili primjenu INCOTERMS termina, primijenit će se rješenja koja su sadržana u Konvenciji UN o međunarodnoj prodaji robe (dalje: Bečka konvencija).⁷¹ Konvencija u čl. 1. st. 1. određuje da se njezine odredbe primjenjuju na ugovore o kupoprodaji koji su zaključeni između ugovornih strana koja imaju svoja mjesta poslovanja na područjima različitih država koje su ugovorne strane Konvencije ili kada pravila međunarodnoga privatnog prava upućuju na primjenu prava države koja je ugovorna strana Bečke konvencije.⁷² Za određivanje međunarodnog obilježja ugovora o kupoprodaji bitno je mjesto poslovanja (sjedište) ugovornih strana, a ne i mjesto gdje se roba nalazi ili mjesto pregovora.⁷³ Ugovorne strane mogu isključiti, u cijelosti ili pojedinačno, primjenu bilo koje odredbe Konvencije na njihov ugovor sukladno čl. 6. Bečke konvencije. U tom će slučaju u ugovoru strane odrediti mjerodavno pravo koje će se primijeniti na njihov ugovor. Ovaj članak izričito ne omogućava ugovornim stranama da ugovore primjenu Bečke konvencije izvan kriterija koji su određeni u čl. 1. st. 1. Konvencije, ali sukladno

70 Vidi u Gorenc, V. et al., op. cit., 24.-27. i 587., Matić, T., op. cit., str. 49.-51.

71 Konvencija je usvojena na diplomatskoj konferenciji u Beču 1980. godine.

72 Bečka konvencija ne definira pojam ugovora o kupoprodaji. No u čl. 3. st. 1. Konvencije određuje se da se kupoprodajom smatraju i ugovori o isporuci robe koja se treba izraditi ili proizvesti, osim ako je strana koja je naručila robu preuzela obvezu isporučiti bitan dio materijala potrebnog za tu izradu ili proizvodnju. U čl. 2. Konvencije propisuje se kada se neće raditi o kupoprodaji na koju se primjenjuju odredbe Bečke konvencije: a) ako se radi o robi kupljenoj za osobnu ili obiteljsku uporabu ili za potrebe domaćinstva, osim ako prodavatelj bilo koje vrijeme prije ili u trenutku sklapanja ugovora nije znao niti je morao znati da se roba kupuje za takvu upotrebu; b) ako se radi o prodaji na javnoj dražbi; c) ako se radi o prodaji u slučaju zapljene ili nekoga drugog postupka sudskih vlasti; d) prodaji vrijednosnih papira i novca; e) prodaji brodova, glisera na zračni jastuk i zrakoplova te f) prodaji električne energije. Vidi u Gorenc, V., et al., op. cit., str. 579.-580., Folsom, R. H., Gordon, M. W., Spanogle, J. A., Jr., op. cit., str. 27.-28.

73 Gorenc, V., et al., op. cit., str. 580., Folsom, R. H., Gordon, M. W., Spanogle, J. A., Jr., op. cit., str. 31.-32.

načelu slobode ugovaranja to bi ugovorne strane mogle učiniti za svoj ugovor.⁷⁴

Pri usvajanju Konvencije bilo je prijedloga da se u njezin tekst uvrste i INCOTERMS termini, ali je prevladalo stajalište da su ovi termini podložni promjenama i da se mogu brže mijenjati ako nisu sastavni dio Konvencije. INCOTERMS termini detaljnije reguliraju pitanja isporuke robe i prijelaza rizika za slučajno oštećenje ili propast stvari te na taj način nadopunjuju opće odredbe Bečke konvencije. Ti se termini razlikuju od odredbi Konvencije, budući da im je svrha odrediti koje su obveze prodavatelja i kupca, ali ne određuju koje su posljedice propusta ispunjenja tih obveza. Nadalje, rješenja INCOTERMS-a u određenim slučajevima razlikuju se od rješenja Bečke konvencije, a imaju prednost pred odredbama Konvencije sukladno čl. 6. Bečke konvencije koji dopušta odstupanja od njezinih odredbi sukladno načelu slobode ugovaranja.⁷⁵

Odredbe koje reguliraju pitanje prijelaza rizika sadržane su u člancima 66. do 70. Bečke konvencije.

3.2. Isporuka robe i prijelaz rizika

Opći pristup riziku i shvaćanje značenja prijelaza rizika sadržano je u čl. 66. Bečke konvencije, prema kojem je kupac dužan platiti cijenu nakon što je rizik prešao na njega bez obzira na gubitak ili oštećenje robe. No, u slučaju da je do gubitka ili oštećenja robe došlo radnjom ili propustom prodavatelja, kupac neće biti dužan platiti ugovorenu cijenu. Iz sadržaja ovog članka ne može se zaključiti je li potrebno postojanje krivnje prodavatelja ili će on odgovarati i za običnu nepažnju. Pitanje krivnje prodavatelja u svezi s gubitkom ili oštećenjem robe pojaviti će se kada je roba ostala u njegovom posjedu, a rizik je prešao na kupca, što se najčešće pojavljuje kada je kupac odgovoran za nepreuzimanje robe. Prodavatelj će tada odgovarati, ako ne poduzme mjere koje su prema okolnostima razumne za očuvanje robe, što proizlazi iz čl. 85. Bečke konvencije.⁷⁶

Pitanje je isporuke robe u Bečkoj konvenciji regulirano čl. 31. koji određuje da mjesto isporuke može biti:

1. u sjedištu prodavatelja,
2. u strankama poznatom mjestu gdje robu treba izdvojiti iz određene mase ili je treba proizvesti ili izraditi,
3. u mjestu predaje robe prvom prijevozniku i
4. u nekom drugom određenom mjestu.

U prva dva slučaja kada se roba predaje kupcu u sjedištu prodavatelja ili u mjestu gdje robu treba izdvojiti ili proizvesti, isporuka se obavlja stavljanjem robe na raspolaganje kupcu. Ako robu treba prevesti do kupca, isporuka se obavlja predajom robe prvom prijevozniku ili prijevozniku u određenom mjestu.

⁷⁴ Folsom, R. H., Gordon, M. W., Spanogle, J. A., Jr., op. cit., str. 30.-31.

⁷⁵ Ramberg, J., INCOTERMS 2000, str. 41.-42.

⁷⁶ Jelena Vilus, Komentar Konvencije Ujedinjenih nacija o međunarodnoj prodaji robe, 1980., Informator, Zagreb, 1981., str. 153.-155.

Trenutak prijelaza rizika za robu stavljenju na raspolaganje kupcu ovisi o tomu je li roba stavljena na raspolaganje u sjedištu prodavatelja ili u nekom drugom mjestu. Ako je roba stavljena na raspolaganje kupcu u sjedištu prodavatelja, tada rizik prelazi na kupca u trenutku kada je preuzme. Ako robu ne preuzme pravodobno čini povredu ugovora, a rizik prelazi na njega u trenutku kada mu je roba bila stavljena na raspolaganje (čl. 69. st. 1. Bečke konvencije).

Za robu stavljenju na raspolaganje kupcu izvan mjesta sjedišta prodavatelja (to će biti slučaj kada se roba nalazi kod trećega, npr. u javnom skladištu), rizik prelazi na kupca onda kada je isporuka trebala biti obavljena. Pritom kupac mora biti upoznat da mu je roba stavljena na raspolaganje. U ovom slučaju se postavlja pitanje čini li kupac nepravodobnim preuzimanjem robe povredu ugovora. Iz čl. 69. Bečke konvencije koji regulira prijelaz rizika za robu koja se kupcu stavlja na raspolaganje može se zaključiti da nepravodobno preuzimanje robe predstavlja opću povredu ugovora, ali i kao povredu ugovora samo u slučaju ako do nepravodobnog preuzimanja robe dolazi kada je roba stavljena na raspolaganje kupcu u mjestu sjedišta prodavatelja.⁷⁷

Opće je pravilo da rizik prelazi s prodavatelja na kupca u trenutku kad je robu preuzeo kupac. Konvencija ne definira izraz preuzeti, pa će to biti činjenično pitanje i smatrat će se da je kupac preuzeo robu onda kada ima posjed ili kontrolu nad odnosnom robom. Na taj je način prihvaćeno stajalište prema kojem su posjed i vlasništvo potpuno odvojeni.⁷⁸

Ako se ugovor odnosi na robu koja još nije identificirana, smatra se da je roba stavljena na raspolaganje kupcu tek kada je jasno identificirana kao roba namijenjena za ispunjenje ugovora (čl. 69. st. 3. Bečke konvencija).⁷⁹

Članak 67. Bečke konvencije uređuje slučaj kada je ugovorom o kupoprodaji potrebno prevesti robu, a prodavatelj ju nije dužan predati u određenom mjestu, rizik prelazi na kupca kada je roba predana prvom prijevozniku da ju preveze kupcu u skladu s ugovorom o kupoprodaji. Ukoliko je prodavatelj obavezan predati robu prijevozniku u određenom mjestu, rizik prelazi na kupca tek kada je roba predana prijevozniku u tom mjestu. Na prijelaz rizika ne utječe činjenica da je prodavatelj zadržao isprave na temelju kojih može raspolagati robom. Prodavatelj to čini kako bi osigurao urednu isplatu cijene. Stavak 2. ovog članka određuje da rizik ne prelazi na kupca sve dok roba nije jasno identificirana kao roba namijenjena za ispunjenje ugovora obilježavanjem na samoj robi, obilježavanjem na prijevoznim ispravama, obaviješću koja je poslana kupcu ili na drugi način. Ako je otposlana obavijest o

⁷⁷ Stavak 2. članka 69. Bečke konvencije posebno regulira nepravodobno preuzimanje robe u slučaju kad je kupac dužan preuzeti robu u mjestu koje nije sjedište prodavatelja i ne polazi od toga da prodavatelj čini povredu ugovora ako ne preuzme robu. Budući da se za ovakvu isporuku obično određuje neki rok, onda je roba trebala biti preuzeta u tom roku. Vidi Vilus, J., op. cit., str. 158.-159. i Žarko Grbičić, Prijelaz rizika prema Bečkoj konvenciji, Privreda i pravo, vol. 26, br. 11-12/1987., str. 616.-618.

⁷⁸ Vilus, J., op. cit., str. 158.-159.

⁷⁹ Odredbe čl. 69. Konvencije svojim sadržajem odgovaraju odredbama čl. 378. st. 1. i čl. 379. ZOO-a. Vidi u Gorenc, V. et al., op. cit., str. 580.

identifikaciji robe, rizik prelazi s prodavatelja na kupca trenutkom slanja obavijesti, a ne trenutkom prijema te obavijesti.⁸⁰

Člankom 68. Bečke konvencije regulirano je pitanje prijelaza rizika za robu s prodavatelja na kupca u slučaju kupoprodaje robe tijekom prijevoza. U tom slučaju rizik prelazi na kupca u trenutku sklapanja ugovora. Ako okolnosti slučaja na to ukazuju, rizik prelazi na kupca u trenutku kada je roba predana prijevozniku koji je izdao isprave kojim se potvrđuje ugovor o prijevozu (radi se o retroaktivnom prijelazu rizika jer je prešao na novog kupca prije sklopljenog ugovora o kupoprodaji). Navedeno je rješenje nastalo kao kompromis između stajališta i mišljenja zemalja u razvoju, kojima je više odgovarao prijelaz rizika pri sklapanju ugovora i stajališta i mišljenja razvijenih zemalja kojima je odgovarao retroaktivni prijelaz rizika.⁸¹

Postavlja se pitanje koje su to okolnosti uslijed kojih će se primijeniti retroaktivni prijelaz rizika. To su: 1) kupac se složio s retroaktivnim prijelazom rizika; 2) prodavatelj raspolaže s prijevoznim ispravama i 3) prodavatelj raspolaže s policom osiguranja u korist trećeg (engl. *to whom it may concern*). Postoji i mišljenje da ne mora postojati izričiti pristanak za retroaktivni prijelaz rizika.⁸²

Bez obzira na primijenjeno rješenje prijelaza rizika u slučaju kupoprodaje robe tijekom prijevoza, kupac se nalazi u nepovoljnom položaju jer nije upoznat sa stanjem robe, niti se mogao upoznati sa stanjem da je to i želio.

Ako je u trenutku sklapanja ugovora o kupoprodaji prodavatelj znao ili morao znati da je roba izgubljena ili oštećena i tu činjenicu nije priopćio kupcu, rizik za takav gubitak ili oštećenje snosi prodavatelj. Valja naglasiti da praktični značaj ove odredbe nije velik, osobito ako je ostvareni rizik pokriven policom osiguranja. S druge strane ako je roba tijekom prijevoza nekoliko puta preprodavana tada će biti vrlo teško utvrditi kada je roba bila oštećena ili izgubljena, a time će biti teško pretpostaviti da je prodavatelj znao ili morao znati za oštećenje ili gubitak.⁸³

U čl. 70. Bečke konvencije određeno je da u slučaju ako prodavatelj počini bitnu povredu ugovora, kupac ima pravo koristiti sva sredstva koja mu stoje na raspolaganju u slučaju takve povrede, bez obzira što je na njega prešao rizik prema člancima 67., 68. i 69. Konvencije. U tom bi slučaju kupac mogao tražiti ispunjenje ugovora ili bi mogao raskinuti ugovor bez obzira što je rizik prešao na njega.⁸⁴

80 Vilus, J., op. cit., str. 155.-157. Ova odredba Bečke konvencije detaljno uređuje pitanje prijelaza rizika u slučaju distancijske kupoprodaje te odgovara pravilu čl. 394. ZOO-a. Vidi u Gorenc, V. et al., op. cit., str. 580.

81 Stajalište razvijenih zemalja branilo se postojećom praksom i ukazivanjem da je kupac po prispjebu i pregledu robe u povoljnijem položaju za davanje odštetnog zahtjeva prijevozniku ili osiguratelju.

82 Grbčić, Ž., op. cit., str. 621.

83 Loc. cit.

84 Vilus, J., op. cit., str. 159.-161.

4. ZAKLJUČAK

Suvremeni trgovački promet zahtijeva odvajanje prijelaza rizika za oštećenje ili gubitak robe od prijenosa prava vlasništva te tako mijenja tradicionalno stajalište prema kojem rizik snosi vlasnik. Međunarodnu trgovinu obilježava dinamičnost u nastanku pravnih i ekonomskih odnosa, što je zahtijevalo fleksibilnija pravna rješenja. Potreba odvajanja rizika od prijenosa prava vlasništva osobito dolazi do izražaja u distancijskoj kupoprodaji kada su prodavatelj i kupac prostorno udaljeni. Stoga se prijelaz rizika vezuje uz isporuku robe, što je došlo do izražaja i u izvorima za međunarodnu kupoprodaju robe (INCOTERMS 2010, Bečka konvencija iz 1980. godine).

Pitanje prijelaza rizika i troškova koje se javlja u međunarodnoj kupoprodaji detaljno je uređeno INCOTERMS terminima iz 2010. godine. Ova posljednja revizija INCOTERMS-a uskladila je njihov sadržaj s postojećom poslovnom praksom i unaprijedila ih sukladno novim prometnim tehnologijama i potrebama trgovačkih subjekata.

Novi INCOTERMS termini u značajnoj se mjeri razlikuju od ranije verzije. Prva je izmjena smanjenje ukupnog broja termina s trinaest na jedanaest. To je posljedica uvođenja dva nova termina DAT (Delivered at Terminal), koji je zamijenio ukinuti DEQ termin i termina DAP (Delivered at Place) koji je zamijenio ukinute termine DAF, DES i DDU. Terminu su sada podijeljeni u dvije skupine, ovisno o vrstama prijevoza u kojima se primjenjuju. Prvu skupinu čine termini koji se primjenjuju u svim vrstama prijevoza i u multimodalnom prijevozu (EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP, DDP). Drugu skupinu čine oni termini koji se mogu primjenjivati samo u pomorskom prijevozu i prijevozu unutarnjim plovnim putovima (FAS, FOB, CFR, CIF). INCOTERMS 2010 izričito određuju da se primjenjuju i u domaćoj i u međunarodnoj trgovini. To omogućava primjenu INCOTERMS 2010 u okviru Europske unije u kojoj su ukinuti carinski i drugi administrativni postupci na granicama između država članica.

Poseban problem koji se javljao u primjeni INCOTERMS termina bio je i podjela troškova između prodavatelja i kupca u svezi s manipulacijom tereta na terminalu mjesta odredišta. To osobito dolazi do izražaja pri primjeni onih termina koji obvezuju prodavatelja da ugovori i plati prijevoz robe do mjesta odredišta. Kod primjene tih termina može se dogoditi da kupac dvaput plati iste prijevoznike troškove. Stoga su INCOTERMS 2010 detaljno uredili podjelu tih troškova kod DAT i DAP termina. Kod DAT termina prodavatelj snosi sve rizike u kretanju robe do trenutka njezine isporuke, odnosno istovara robe s pristiglog vozila (cestovni, željeznički, pomorski ili zračni prijevoz) i stavljanja te robe na raspolaganje kupcu na ugovorenom imenovanom terminalu u zemlji odredišta. Prodavatelj je odgovoran i za tranzitni prijevoz robe kroz treće zemlje. Stoga prodavatelj mora sklopiti ugovor o prijevozu te odgovara za obavljanje izvoznih formalnosti i plaćanje troškova izvoza, ali ne i za obavljanje uvoznih formalnosti i plaćanje troškova uvoza. Kod DAP termina prodavatelj snosi sve rizike u kretanju robe do trenutka njezine

isporuke, ali za razliku od DAT termina, istovar robe s pristiglog vozila u mjestu odredišta obveza je kupca. I ovdje prodavatelj sklapa ugovor o prijevozu te odgovara za obavljanje izvoznih formalnosti i plaćanje troškova izvoza, a obavljanje uvoznih formalnosti i plaćanje troškova uvoza obavlja kupac.

Značajna promjena nastala je kod FOB, CFR i CIF termina promjenom točke prijelaza rizika. Sada rizik za oštećenje ili propast stvari prelazi s prodavatelja na kupca u trenutku kada roba stigne „na palubu broda“ (engl. *on board the vessel*) i to kada je ukrcana cjelokupna pošiljka.

INCOTERMS 2010 izričito ukazuje da primjena termina u pomorskom prijevozu i prijevozu robe unutarnjim vodenim putovima (FAS, FOB, CFR, CIF) nije primjerena u slučaju kontejnerskog prijevoza robe.

Ako ugovorne strane žele primijeniti INCOTERMS termine, to moraju izričito ugovoriti, pri čemu im je ostavljena mogućnost izbora između više verzija INCOTERMS termina. One mogu dodavanjem određenih riječi uz pojedine termine i izmijeniti prava i obveze ugovornih strana. Ipak, tada trebaju te izmjene detaljno opisati i u odredbama ugovora.

U slučaju da ugovorne strane nisu u ugovoru uredile pitanje prijelaza rizika, primijenit će se odredbe Konvencije UN-a o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine. No, valja naglasiti da su odredbe Bečke konvencije manje kompletne negoli INCOTERMS termini. Rješenja sadržana u Bečkoj konvenciji nastala su po uzoru na haški Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji robe (*Uniform Law on the International Sale of Goods*) iz 1964. godine, a njegova se rješenja opet temelje na osnovnim rješenjima o prijelazu rizika u INCOTERMS terminima.

LITERATURA

1. BERGAMI, Roberto, The Ship's Rail is Dead: Incoterms 2010, www.ibt-articles.com/absmet/templates, 20. srpnja 2011., str. 1.-2.
2. DRAŠKIĆ, Mladen, Međunarodna prodaja prema uniformnim pravilima i uporednom pravu, Ekspres i Institut društvenih nauka, Beograd, 1987.
3. FOLSOM, Ralph H., Michael W. Gordon, John. A. Spanogle, Jr., Međunarodni trgovački poslovi u sažetom obliku, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci i COLPI, Rijeka, 1998.
4. GORENC, Vilim, Trgovačko pravo društava, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 1996.
5. GORENC, Vilim et al., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF plus, Zagreb, 2005.
6. GRABOVAC, Ivo, Hrvatsko pomorsko pravo i međunarodne konvencije, Književni krug, Split, 1995.
7. GRBIČIĆ, Žarko, Prijelaz rizika prema Bečkoj konvenciji, Privreda i pravo, vol. 26, br. 11-12/1987., str. 612-625.
8. INCOTERMS 2010 – What you need to know, www.reedsmith.com/publications, 20. srpnja 2011., str. 1.-4.
9. INCOTERMS 2010 – 11 Standard Trade Definitions Used In International Freight Transactions, www.kalgin.com.au/incoterms.html, 20. srpnja 2011., str. 1.-4.
10. LEDIĆ, Dragutin, Isporuca robe i prijelaz rizika prema rješenjima Zakona o obveznim odnosima, Godišnjak Pravnog fakulteta Banja Luka, br. 6/1982., str. 31-39.
11. MATIĆ, Tin, Odnos Incotermsa i transportnih klauzula Općih uzanci za promet robom, Odvjetnik, br. 5-6/1994., str. 45-54.
12. ODUNTAN, Gbenga, „CIF Gatwick“ and other such nonsense upon stilts: Incoterms and the law, jargon and practice of international business transactions, International Company and Commercial Law Review, 2010, 21(6), str. 214.-223.
13. RAMBERG, Jan, INCOTERMS 2000 – The Necessary Link Between Contracts of Sale and Contracts of Carriage, Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, vol. 58, br. 1-2/2008., str. 35.-46.
14. RAMBERG, Jan, ICC Guide to Incoterms 2010 – Understanding and practical use, ICC, 2011.
15. SEGHERS, Natasha, Francis Walschot, Model contracts with respect to the CISG, International Business Law Journal, 2001, 3/4, str. 415.-463.

16. VILUS, Jelena, Komentar Konvencije Ujedinjenih nacija o međunarodnoj prodaji robe, 1980., Informator, Zagreb, 1981.
17. What Is New about INCOTERMS 2000?, International Contract Adviser, Vol. VI, No. 3/2000., str. 64.-73.
18. ZELENKA, Ratko, Nikola Đaković, Incoterms 1990. u kaleidoskopu vanjskotrgovinskog i prometnog sustava, Zavod za istraživanje i razvoj sigurnosti, Zagreb, 1992.
19. ZELENKA, Ratko, Helga Pavlić, Darko Zelenika, Incoterms 2000. u kaleidoskopu vanjskotrgovinskog sustava, Ekonomski pregled, vol. 54, br. 1-2/2003., str. 173.-198.

Summary

TRANSFER OF RISK BETWEEN SELLER AND BUYER IN CONTRACT ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS WITH REVIEW ON INCOTERMS 2010

The INCOTERMS terms lay down different modes of delivery of goods, risk transfer and costs in international sale. The last revision of INCOTERMS in 2010 adapted their content according to business practice of tradesmen and development of transportation technology in the last decade. Due to the fact that INCOTERMS terms are not mandatory, the seller and the buyer have to explicitly put in the contract that they adopt INCOTERMS to regulate their mutual legal obligations. In case if contractual parties did not include special provisions on risk transfer into the contract, the provisions of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods shall apply accordingly.

Key words: INCOTERMS 2010, international sale, risk, costs, Vienna Convention.

Zusammenfassung

RISKOÜBERTRAGUNG VOM VERKÄUFER AUF DEN KÄUFER BEIM INTERNATIONALEN KAUFVERTRAG MIT RÜCKBLICK AUF INCOTERMS KLAUSELN 2010

INCOTERMS Klauseln sehen unterschiedliche Modalitäten der Warenlieferung und Risiko- und Kostenübertragung im internationalen Kauf und Verkauf voraus. Die letzte Revision von INCOTERMS Klauseln aus dem Jahr 2010 hat ihr Inhalt der Händlertätigkeit und der im letzten Jahrzehnt sichtbaren Verkehrstechnologieentwicklung angepasst. Die Besonderheit der INCOTERMS Klauseln liegt darin, dass der Verkäufer und Käufer die Anwendung der Klauseln auf ihr rechtlich-verpflichtendes Verhältnis ausdrücklich vereinbaren müssen. Im Falle, dass die Vertragsparteien die Frage der Risikoübertragung im Vertrag nicht geregelt haben, wird die Verordnung der UN Konvention über den internationalen Kauf und Verkauf von Waren aus dem Jahr 1980 angewendet.

Schlüsselwörter: INCOTERMS 2010, internationaler Kauf und Verkauf, Risiko, Kosten, Wiener Konvention

Riassunto

**IL PASSAGGIO DEL RISCHIO DAL VENDITORE
AL COMPRATORE NEL CONTRATTO DI VENDITA
INTERNAZIONALE CON ATTENZIONE AGLI INCOTERMS
2010**

Gli INCOTERMS termini prevedono differenti modalità di consegna dei beni e di passaggio del rischio e dei costi nella vendita internazionale. L'ultima revisione degli INCOTERMS termini del 2010 ha adattato il loro contenuto alla prassi professionale dei commercianti ed allo sviluppo della tecnologia nei trasporti nel corso dell'ultimo decennio. La peculiarità degli INCOTERMS termini consiste nel fatto che il venditore ed il compratore debbono pattuire espressamente la loro applicazione al rapporto giuridico obbligatorio tra loro sorto. Nel caso in cui le parti contrattuali non abbiano definito la questione del passaggio del rischio, si applicheranno le disposizioni della Convenzione di Vienna 1980.

***Parole chiave:** INCOTERMS 2010, vendita internazionale, rischio, spese, Convenzione di Vienna.*

USTROJ I NADLEŽNOST UPRAVNIH SUDOVA

Dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.988.85
Ur.: 30. studeni 2011.
Pr.: 10. veljače 2012.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Cilj je ovoga rada proanalizirati ustroj i nadležnost tijela za vođenje sudskih postupaka protiv uprave. Na temelju provedenog istraživanja jasno se nameću dva zaključka vezana uz navedena tijela: njihova specijaliziranost u području uprave i profesionalizacija. Tipovi specijalizacije jednako su različiti koliko i način ustroja, a raznolikost tipova specijalizacije sudova odražava se na raspodjelu nadležnosti za sporove.

Ključne riječi: *Zakon o upravnim sporovima iz 2010., ustroj, nadležnost.*

1. UVOD

Izraz „...tijela za vođenje sudskih postupaka protiv uprave“ zahtijeva nekoliko prethodnih terminoloških pojašnjenja. U istraživanju poredbenog prava, smisao riječi, pojmovi i koncepti razlikuju se ovisno o pravnom sustavu. Pronaći pravu riječ, pravi pojam od ključne je važnosti. Imajući u vidu upravo raznolikost situacija u europskim državama u području kontrole nad upravom, riječ „tijelo“ shvaćena općenito kao „instrument s određenim zadaćama i ustrojem“¹ istodobno je najširi i najneutralniji pojam koji na najprimjereniji način obuhvaća različite situacije.

2. VRSTE SUSTAVA SUDSKE ZAŠTITE

2.1. Dva sustava sudske zaštite

O pitanju hoće li upravne sporove rješavati redovni ili posebni upravni sudovi, postojala je oštra načelna opreka između anglosaksonskoga i francuskoga pravnog sustava, s obzirom na to da su u prvom sustavu upravne sporove rješavali redovni, a u drugom upravni sudovi.

1 Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2007., str. 53.

Smatra se da u osnovi postoje dva sustava za rješavanje upravnih sudova: anglosaksonski i francuski.

Za anglosaksonski sustav redovnih sudova ideološki je bilo najznačajnije: 1. snažno, jedinstveno opće pravo (*common law*), zbog čega nije ni bilo razvijenog posebnog upravnog prava i 2. što se načelo diobe vlasti tumači u prilog djelovanju redovnih sudova (odnosno da baš oni trebaju rješavati upravne sporove). Potpuno je drugačije francusko shvaćanje, koje se razvilo nakon Francuske revolucije.² Tu se najprije razlikuje javno i privatno pravo, i sve se jače razrađuje posebno upravno pravo. S obzirom na to da je u francuskom pravnom sustavu, među svim modernim pravnim sustavima, najprije niklo i burno se razvilo upravno pravo kao posebna grana prava, u njemu su se, na originalan način, najprije razvili upravni sudovi. Druga odlučujuća činjenica bila je okolnost što francusko shvaćanje načela diobe vlasti, sudskoj vlasti daje drugo značenje negoli anglosaksonski sustav, a sudstvo se sve više stavlja u opreku prema upravi negoli zakonodavstvo. U angloameričkom sustavu osnovno je da sud presuđuje o akcijama uprave, dok je u francuskom pravu obrnuto: da se upravi osigura nezavisnot od suda.³

Francuski je sustav utjecao na formiranje kontinentalnog sustava upravnog spora i francuskom sustavu bliskih sustava upravnog spora u Njemačkoj, Španjolskoj, Švicarskoj, Italiji, Maroku, Tunisu, Kongu, Brazilu, Argentini i dr.

Slijedom gore navedenoga, komparativnim sagledavanjem pojedinih sustava u suvremenim demokracijama danas, Borković uočava da su glavni nositelji sudskoga nadzora redovni sudovi ili posebni upravni sudovi. Prihvaćanje jednog ili drugog sustava u konkretnoj zemlji bilo je uvjetovano čitavim nizom različitih okolnosti. Na europskom kontinentu, pod utjecajem francuskoga prava i pravne prakse, prevagu su imali posebni upravni sudovi, a u nekim zemljama tek nakon što je sudska kontrola bila dugo na strani redovnih sudova (Belgija).⁴

Spomenuta razlika između francuskoga i anglosaksonskoga sustava danas očigledno slabi te se dva sustava međusobno približavaju. Približavanje ideje vidljivo je s obje strane. U anglosaksonskom sustavu razvijaju se specijalni upravni sudovi, a u francuskom se sustavu proširuje nadležnost redovnih sudova nad ekonomskim i socijalnim djelovanjem uprave.

Međutim, u najnovije vrijeme sve više prevladava mišljenje da u Europi postoje tri sustava sudske zaštite, a ne dva kao što je to bilo do sada.⁵ Francuski sustav u kojemu najviši upravni sud nije samo sudsko tijelo, njemački sustav u kojemu upravni sudovi u potpunosti spadaju u sudbenu vlast i na kraju britanski sustav unutar kojega sudi građanski sudac, premda se teži specijalizaciji.

2 Kada se kaže „francuska revolucija“, ako se ništa ne precizira, onda se misli na onu uz koju je uobičajno dodati i godinu 1789., koju nazivaju Velika francuska revolucija.

3 Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave, knjiga III.*, Birozavod, Zagreb, 1962., str. 262-263.

4 Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 485-486.

5 Primjerice; Michel Fromont, Jeanne Lemasurier.

2.2. Tri sustava sudske zaštite

2.2.1. Državni savjet

Kao prvo, postoji sustav u čijem se središtu nalazi Državni savjet, iako mu pomažu niži upravni sudovi koji jedini imaju punu nadležnost. Osim Francuske iz koje potječe arhetip Državnog savjeta,⁶ imaju ga Nizozemska,⁷ Belgija,⁸ Italija⁹ i Grčka.¹⁰ Do prije šesnaest godina i Luksemburg se ubrajao u tu skupinu. No, nakon osuđujuće presude Europskog suda za zaštitu ljudskih prava u predmetu *Procola*¹¹ u

6 Francuski Državni savjet prvi je ustanovljen, i to Ustavom od 22. frimera VIII. godine, odnosno 15. prosinca 1799. godine, na samom kraju stoljeća. U povijesnom razvoju Državnog savjeta razlikuje se više vremenskih razdoblja. Prvo je razdoblje od Francuske revolucije do dolaska Napoleona Bonaparte na vlast (1789.-1804.). Drugo je razdoblje od dolaska Napoleona Bonaparte na vlast do reforme Državnog savjeta (1804.-1872.). Treće je razdoblje od reforme Državnog savjeta, od 1872. do 1987. godine.

Ime „*Državni savjet*“ izvedeno je iz Kraljevskog savjeta, koji je postojao prije Revolucije – koji daje savjete u svezi sa sudskim sporovima, kao i u svezi s upravnim predmetima. Dvostruka funkcija Državnog savjeta već je prisutna u današnjem smislu.

Više o tome: Bigot, Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789.*, PUF, Paris, 2002., str. 14-60.

7 Nizozemsko upravno sudovanje pretrpjelo je brojne vanjske utjecaje. Međutim, od početka XIX. stoljeća, postojala je jasna odvojenost između privatnog i javnog prava. Građani su imali na raspolaganju redovne sudove, koji su bili nadležni za sporove o vlasništvu ili pravu obveznih odnosa. Osim toga, moglo se obratiti i samom upravom tijelu, te sve do njemu hijerarhijski nadređenom tijelu: Kruni, koja je istovremeno odlučivala o zakonitosti i prikladnosti nakon savjetovanja s Državnim savjetom.

Vidi: Lemausurier, Jeanne, *Le contentieux administratif en droit comparé*, Economica, Paris, 2001., str. 82-83.

8 Početkom 20. stoljeća, razvojem gospodarskog i socijalnog intervencionizma, slabosti belgijskoga sustava morale su dovesti do povećanja broja specijaliziranih sudova i do nastanka Državnog savjeta, izmjenom Zakona od 23. prosinca 1946. godine, koji je stupio na snagu 1948. godine.

Vidi: Debaedts, M. F, *La prevue dans le contentieux administratif Belge*, AJDA, Paris, 2007., str. 145.

9 Talijanski Državni savjet vuče svoje korijene od Uredbe koju je 18. kolovoza 1831. godine donio Karlo-Albert, kralj Sardinije. Bilo je to tada jednostavno savjetodavno tijelo stavljeno neposredno na raspolaganje kralju. Pod režimom uspostavljenim Temeljnim statutom od 4. ožujka 1848. godine, Državni savjet dobio je važnu sudsku ulogu. Postao je vrhovno savjetodavno tijelo, zaduženo za odlučivanje o brojnim upravnim zahtjevima i žalbenim i prvostupanjskim. Zakonom od 20. ožujka 1865. godine, Državni savjet ponovno postaje isključivo savjetodavno tijelo. Međutim, Zakonom od 31. ožujka 1889. godine uspostavlja se i njegova sudska aktivnost.

Vidi: Celard, Alain, *Jurisdiction administrative française et juridiction administrative italienne: structure des contentieux*, AJDA, Paris, 2003.

10 Državni savjet u Grčkoj uspostavljen je 1835. godine po uzoru na francuski Državni savjet. Njegovo djelovanje je izmijenjeno Ustavom iz 1975., 1985. i 2001. godine., Zakonom br. 170 iz 1973. i predsjedničkim dekretom iz 1989. godine.

11 Europski sud za zaštitu ljudskih prava 28. rujna 1995., serija A, broj 326.

Pitanje usklađenosti s pravom na pravično suđenje i načelom nepristranosti u vršenju savjetodavne funkcije tijela nadležnog za suđenje upravi upućeno je Europskom sudu za zaštitu

Luksemburgu je osnovan Upravni sud koji je odvojen od Državnog savjeta.

U francuskom sustavu, Državni savjet, vrhovna upravna instanca, istodobno je savjetodavno tijelo Vlade i tijelo sudskoga nadzora. Osobitost ovoga sustava prije svega je da pripada izvršnoj vlasti. Njihovi upravni odjeli savjetuju premijera o nacrtima zakona i uredbi. Njihovi članovi „tijekom karijere“ zasjedaju i u savjetodavnim instancama i u odjelima za sporove i često su stavljeni „na raspolaganje izvršnoj vlasti“ u ministarskim kabinetima. Način njihova novačenja, Nacionalna škola za državnu upravu (ENA) razlikuje se od novačenja sudaca (Fakultet za suce).¹² Njihovi upravni odjeli savjetuju premijera o nacrtima zakona i uredbi. Ne postoji mogućnost prelaska iz redovnog sudstva u upravno sudstvo ili obrnuto. Još jedno obilježje francuskoga sustava primanje je u službu temeljem internoga natječaja za službenike drugih tijela javne uprave.

Druga karakteristika odnosi se na nizanje savjetodavnih i sudskih ovlasti. Grčka zauzima posebno mjesto u ovoj grupi budući da grčki Državni savjet potpada pod sudbenu vlast i da je ukinut svaki oblik primanja u službu na temelju diskrecijske ocjene. To je zemlja koja se najviše udaljila od francuskog modela. Jedina je zadržala dvojakost savjetodavnih i sudskih ovlasti što je razlog da se Grčka može svrstati u francusku grupu.

2.2.2. *Upravni sudovi u užem smislu riječi*

Ovdje je riječ o upravnim sudovima koji su specijalizirani za upravne sporove, ali su u potpunosti uklopljeni u sudbenu vlast. Pripadanje sudbenoj vlasti podrazumijeva da uistinu postoji prava sudbena vlast, a ne samo sudsko tijelo čiju neovisnost u Francuskoj između ostalog jamči politički predstavnik, odnosno predsjednik Republike. To je slučaj u sljedećim zemljama iz navedene skupine: Njemačkoj, Austriji, Švicarskoj, a od nedavna u Španjolskoj i Portugalu, kao i u većini bivših komunističkih zemalja.

Znakovito je da te države nisu uspostavile, kao u Francuskoj, Belgiji i Italiji, „Državni savjet“, odnosno tijelo koje istodobno u sebi sadrži savjetodavnu i sudsku funkciju. Umjesto toga radije su uspostavile upravno sudstvo, koje se sastojalo od „pravih sudaca“, koje je u svim pogledima bilo slično sudovima, ali je od njih bilo u potpunosti odvojeno.

Tako su zasnovali originalan način sudskog nadzora uprave, istovremeno različit i od francuskoga i anglosaksonskoga rješenja.

Dugo vremena, sve do 2012-e godine, Upravni sud Republike Hrvatske bio je jedino sudsko tijelo nadležno za upravne sporove. Ustrojstvo upravnog pravosuđa

ljudskih prava. U predmetu *Procola* europski sudac je izrazio zadržku u svezi s luksemburškim Državnim savjetom, posebno zbog načina na koji to tijelo obavlja svoju savjetodavnu zadaću. Veliko Vojvodstvo radikalno je reagiralo na osuđujuću presudu Europskog suda za zaštitu ljudskih prava. Ustavotvorna vlast ukinula je sudske ovlasti Državnom savjetu koji je od tada sveden na savjetodavnu funkciju. Sudske ovlasti prenesene su na tijela koja su isključivo sudbena (Upravni sud i Žalbeni upravni sud).

12 Ecole de la magistrature.

temeljito je izmijenjeno Zakonom o upravnim sporovima iz 2010., koji sadrži reformu upravnog spora, čime je izvršena reforma i kodifikacija pravila o organizaciji i funkcioniranju upravnih sudova. Komparativnim sagledavanjem pojedinih sustava i potrebe usklađivanje vrijedećih pravila postupka o pravnom sporu s procesnim standardima propisanim članku 6 stavku 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, hrvatski zakonodavac odlučio se za ustroj u dva stupnja. Time je odstupio od dosadašnjega zakonskog rješenja, važećeg Zakon o upravnim sporovima koji u članku 3. stavku 1. propisuje, da upravne sporove rješava Upravni sud Republike Hrvatske. Zakonom o upravnim sporovima iz 2010. organizirano je dvostupanjsko upravno sudovanje. Već u Smjernicama i Strateškom dokumentu za izradu nacрта novog Zakona o upravnim sporovima koje je prihvatila Vlada Republike Hrvatske svojim zaključkom od 12. rujna 2008., prihvaćeno je odvajanje upravnog od redovitog sudovanja. Na ovaj je način praktično i u hrvatskom sustavu provedena specijalizacija poslova, koja se u teoriji smatra vrlo važnom značajkom upravnog sudovanja kao posebnog oblika sudske organizacije.

U ovom su sustavu upravni sudovi u potpunosti uklopljeni u sudsku vlast, što povlači za sobom brojne posljedice: postupak primanja u službu potpuno je identičan kao i za građanske i kaznene suce, svi imaju isti sudački položaj, te postoji mogućnost prelaska s jedne funkcije na drugu. U pogledu imenovanja i razrješavanja sudaca upravnih sudova Republike Hrvatske te trajanje njihove funkcije, vrijede ista pravila kao i za suce ostalih sudova u Hrvatskoj na što upućuju i odredbe Zakona o državnom sudbenom vijeću¹³ (čl. 48.-59.). Spomenutim Zakonom uređuju se i uvjeti za napredovanje, premještaj i postupak za utvrđivanje stegovne odgovornosti.¹⁴

Puna nadležnost, odnosno nadležnost suca da odlučuje o svim pravnim pitanjima, bez obzira odnose li se na javno, privatno ili kazneno pravo, prihvaća se zdravo za gotovo u svim navedenim zemljama. U svakodnevnoj praksi mogu se pojaviti problemi oko sukoba nadležnosti. Problemi nadležnosti uglavnom se rješavaju unutar sudbene vlasti i dovoljno je na suce, koji pripadaju jednoj te istoj vlasti, a to je sudbena vlast, primijeniti pravila prvenstva, a posebno načelo autoriteta presuđene stvari, što znači da treba dati povjerenje onom sudbenom redu pred kojim je najprije pokrenut postupak. Razdioba nadležnosti upravnih sudova i Visokog upravnog suda u Republici Hrvatskoj riješena je Zakonom o izmjenama Zakona o sudovima.¹⁵ Slijedom navedenoga Zakon o izmjenama Zakona o sudovima propisuje da kada je posebnim zakonima za rješavanje upravnih sporova propisana nadležnost Upravnog suda Republike Hrvatske sukladno Zakonu o upravnim sporovima,¹⁶ za takve sporove od 1. siječnja 2012. godine, nadležni su mjesno

13 Narodne novine, br. 116/2010., 57/2011. i 130/2011.

14 U svezi s navedenim potrebno je navesti da je 1. siječnja 2010. godine Zakonom o Pravosudnoj akademiji ustrojena Pravosudna akademija s ciljem cjeloživotnog usavršavanja sudaca i državnih odvjetnika, kao i savjetnika te obuke namijenjene vježbenicima sukladno Zakonu o vježbenicima u pravosudnim tijelima i pravosudnom ispitu.

15 Narodne novine, br. 130/2011.

16 Narodne novine, br. 53/1991., 9/1992. i 77/1992.

nadležni upravni sudovi. Međutim, valja primjetiti da Visoki upravni sud zadržava nadležnost rješavanja upravnih sporova za koje je Zakonom o upravnim sporovima iz 2010.¹⁷ i drugim posebnim zakonima propisano da rješava Visoki upravni sud.

Postupak koji primjenjuje takva vrsta upravnog suda je postupak koji je prilagođen specifičnim potrebama upravnog spora, ali istodobno vrlo blizak građanskom postupku. Doista, zakonodavac je imao namjeru uspostaviti potpunu jednakost dviju stranaka u postupku, s jedne strane uprave koja ima prava i obveze i s druge tužitelja, koji nema samo obveze, nego i subjektivna prava čiji je nositelj. Zbog toga je na razini postupka, upravni spor u osnovi spor kao i svaki drugi, a to znači spor između stranke.

Smatra se, vezano uz prva dva sustava, da postoji previše velikih razlika između njih da bi ih se moglo podvesti pod jedan jedinstveni sustav, a to je sustav upravnih sudova. Državni savjet se kao ustanova razlikuje od redovnog suda koji se samo specijalizirao za upravne sporove.

Njemački sudac je isključivo sudac koji odlučuje u upravnim sporovima, ne pripada izvršnoj vlasti i ne vrši nikakvu savjetodavnu funkciju naspram vlasti. Neovisnost njemačkog upravnog suca očituje se na tri načina :

1.) Upravni sudovi su autonomni u pogledu ustroja i djelovanja u odnosu na zakonodavnu i izvršnu vlast, dok se u Francuskoj neki članovi novače izvana, od službenika ministarstva.

2.) Prema njemačkom Temeljnem zakonu, položaj i nezavisnot upravnih sudaca regulirani su federalnim zakonom koji se odnosi na suce.

3.) Upravni suci podliježu samo zakonima i pravu. Naime, ne mogu dobivati upute od parlamenta, vlade i uprave.¹⁸

Funkcija upravnog suca nespojiva je s bilo kojom drugom funkcijom unutar zakonodavne ili izvršne vlasti. Ta razlika u prirodi između njemačkih i francuskih upravnih tijela odražava se i na opseg njihovih nadležnosti.

Načelo ograničenja nadležnosti je jednostavno, a svodi se na to da kada upravno tijelo djeluje kao privatna osoba, onda se na njega primjenjuje privatno pravo i redovni sudovi, a kada djeluje kao tijelo javne vlasti, sude mu upravni sudovi, primjenjujući specijalno pravo za radnje javnog prava.

U Njemačkoj, za razliku od francuskoga prava, to načelo uključuje dvije grupe ograničenja upravne nadležnosti : a) nadležnost redovnog suca za sporove s punom jurisdikcijom ("opće") i b) nenadležnost upravnog suca za poništavanje propisa zakonodavne prirode.

a) Redovni sudac nadležan je za sporove koji se tiču odgovornosti i ugovora. Radi se u biti o odštetnim sporovima, u okviru odgovornosti države za povredu njezinih obveza i pravnih radnji države protiv svojih službenika.¹⁹ Osim toga, prema odredbama Temelnog zakona, svaka povreda vlasništva (izvlaštenje) ili povreda drugih temeljnih prava, spada u djelokrug redovnog suca.

17 Narodne novine, br. 130/2011.

18 Mayer, Otto, *Le droit administratif allemand*, Paperback, Paris, 1999., str. 102.

19 Čl. 34, § 3., Temeljni zakon iz 1919. godine.

Što se tiče ugovora, Zakon u određenoj mjeri dopušta nadležnost upravnog suca za odlučivanje o ugovorima javnog prava, čiji se predmet prema materijalnom kriteriju ugovora odnosi na odnose uređene javnim pravom, a ne osobnosti strana u sporu.²⁰

Nadležnost redovnog suca izlazi izvan okvira nadležnosti općih sporova. Kada sudac preuzima neki spor, ostaje nadležan za odlučivanje o zakonitosti upravne odluke i uzroku spora, kako bi izbjegao da više raznih nadležnosti preuzme isti spor. Stoga je nadležnost njemačkoga upravnog suca ograničenija s obzirom na upravne akte od one francuskoga suca.

b) Za razliku od francuskog upravnog prava, upravni akti podvrgnuti nadzoru suca ne predstavljaju homogenu cjelinu, podvrgnutu istom režimu. Njemački se sudac, u sustavu stroge odvojenosti vlasti, ograničava na rješavanje pojedinačnih sporova između uprave i upravljanih, za razliku od Državnog savjeta, koji se, unatoč svojem odnosu s Vladom, smatra nadležnim za poništenje *erga omnes* upravnih akata. Odlučuje o zakonitosti pojedinačnog upravnog akta, jednostranog akta javnog prava, koji potječe od tijela upravne vlasti i koji ima za cilj uređivanje pojedinačnog slučaja. Ta ideja ne obuhvaća samo pojedinačne akte *stricto sensu*, nego i kolektivne akte, odnosno takve koji se tiču određenog broja slučajeva i takve koji se tiču samo jednog slučaja, ali neodređenog broja osoba.²¹

S druge strane, upravni sudac ne može poništiti *erga omnes* apstraktno pravilo, primjenjivo na neodređeni broj osoba, koje je uključeno u hijerarhiju normi. Propis podliježe sudskom nadzoru ispravnosti koji se tiče slučajeva nepostojanja. Tek iznimno, u pojedinačnom sporu, redovni ili upravni sudac treba biti prisiljen odbaciti primjenu takvog pravila u tom konkretnom primjeru. Samo u izvanrednim slučajevima tužitelj može zahtijevati od suda poništenje pravnog pravila izvan bilo kakvog postupka. Ta apstraktna kontrola normi nema nikakvu važnost, osim u slučaju da se tiče sukladnosti s ustavnim aktima.

Za razliku od francuskoga, u njemačkom pravu skrb za zaštitu subjektivnih prava pojedinaca nadmašuje skrb za zaštitu objektivne zakonitosti.²²

2.2.3. Sudovi opće nadležnosti

Treći tip sudova spada u britanski model. Takve sudove imamo u Ujedinjenom Kraljevstvu i Republici Irskoj, ali isto tako i na Malti i Cipru. Građanski sud je onaj koji je nadležan za upravne stvari. Međutim, nadzire se određena specijalizacija za upravne predmete. Takva je specijalizacija neophodna pod uvjetom da nije pretjerana. U vođenju postupka, stranke u sporu u načelu se nalaze u ravnopravnom položaju. Ipak, u nekim stvarima javnopravno tijelo (stranka) uživa neke prerogative (posebno kada je riječ o spisima koji moraju biti dostupni suprotnoj strani) koji

20 O ugovoru javnog prava, vidi Autexier Ch., *Introduction au droit public Allemand*, PUF, 1997., str. 257.

21 Na primjer, u slučaju zabrane političkog okupljanja.

22 Rouault, Marie – Christine, *Contentieux administratif*, Guliano éditeur, Paris, 2006., str. 212.

znaju biti veći negoli u zemljama poput Njemačke. Zbog nedostatka specijalizacije također se kod sudaca ponekad javlja određena plahost u odnosu na upravu.

Usprkos sličnostima zahtjeva za utvrđivanje zakonitosti u Ujedinjenom Kraljevstvu i Francuskoj, dva tipa spora ostaju vrlo različitima. Velika je razlika to što su u Velikoj Britaniji upravni zahtjevi podneseni *High Courtu*, vrlo rijetki u usporedbi s francuskim sustavom. Dok francuski upravni sudac prihvaća više od 40.000 predmeta godišnje, *High Court* prihvaća najviše 1.000 žalbenih sporova.²³

Iz navedenoga se može zaključiti da se englesko upravno sudovanje ograničava na pitanje općeg interesa ili financijskog interesa, dok su obični pojedinačni interesi praktično iz njega izuzeti.

3. TIJELA ZADUŽENA ZA SUDSKU ZAŠTITU OD UPRAVE

3.1. Specijalizirana tijela

Neovisno o pravnom sustavu, upravni sporovi uglavnom se povjeravaju tijelima specijaliziranim za upravne stvari. Primjerice, u četrnaest zemalja postoji Vrhovni sud (Njemačkoj, Austriji, Belgiji, Finskoj, Francuskoj, Grčkoj, Italiji, Litvi). Luksemburgu, Nizozemskoj, Poljskoj, Portugalu, Republici Češkoj, Švedskoj). Pet zemalja, bez obzira što imaju jedan Vrhovni sud, povjerilo je suđenje u predmetima koji se tiču uprave u nadležnost specijaliziranih vijeća u sastavu Vrhovnog suda (Španjolska, Estonija, Mađarska, Latvija, Slovačka). To ne znači da je neovisno upravno sudovanje pravilo. Tipovi specijalizacije jednako su različiti koliko i način ustroja.

3.2. Različiti tipovi specijalizacije

Mogli bismo preuzeti klasifikaciju Fromonta koji razlikuje žalbena upravni tijela (odnosno viša upravna tijela kakva nalazimo u Velikoj Britaniji u području zaštite okoliša i neovisna upravna tijela u sklopu, tzv. *Statutory Tribunals* također u Velikoj Britaniji, neovisna upravna vijeća u Austriji), upravne sudove koji objedinjuju savjetodavne i sudske ovlasti (Francuska, Nizozemska, Belgija, Italija, Grčka), upravne sudove koji čine nezavisno sudsko tijelo (Njemačka, Austrija, Portugal, Luksemburg, Švedska, Finska), upravne sudove koji spadaju pod jedinstveni Vrhovni sud (Španjolska, Mađarska, Slovenija, Rumunjska, Estonija) i na kraju građanske sudove (Velika Britanija, Irska, Cipar, Malta).²⁴

Specijalizirani sudovi ne postoje uvijek na svim razinama sudovanja. Na primjer u Republici Češkoj suđenje se u prvom stupnju odvija pri odjelu suda opće nadležnosti. Upravni sud se pojavljuje na razini Vrhovnog suda. U Austriji

23 Lemausurier, Jeanne, op. cit., str. 98.

24 Fromont, Michel, *La justice administrative en Europe*, Convergences, RFDA, Pariz, 2002., str. 205.

se specijalizirano upravno sudovanje također pojavljuje na razini Vrhovnog suda. Osim postojanja specijaliziranih upravnih sudova (posebno za izborne i porezne sporove) u Belgiji nailazimo na isti tip specijalizacije. U drugim zemljama, poput Latvije, Vrhovni sud je nadležan za sve sporove bez obzira radi li se o upravnim ili drugim sporovima. S druge strane, specijalizirani upravni sudovi postoje u prva dva stupnja. U Estoniji nailazimo na drugačiju situaciju. Upravni sporovi spadaju u nadležnost specijaliziranog suda u prvom stupnju. U drugom i trećem stupnju spadaju u nadležnost sudova opće nadležnosti, ali ih rješavaju specijalizirana sudska vijeća za upravne sporove. U nekim drugim slučajevima specijalizacija sudova samo je djelomične i cikličke prirode. Primjerice u Mađarskoj specijalizacija naizgled postoji samo na razini Vrhovnog suda, gdje upravne sporove rješava poseban odjel. Ali zapravo specijalizirano sudovanje nije isključeno iz prvog stupnja. Suci upisani na popis sudaca nadležnih za upravne stvari mogu preuzeti rješavanje upravnih sporova. Kada se premaši određeni broj (12 na razini departmana) može se oformiti specijalizirano sudske vijeće.

Raznolikost tipova specijalizacije sudova odražava se na raspodjelu nadležnosti za sporove. Uz neke manje razlike Grčka, Francuska i Italija jedine su zemlje koje upravnim sudovima povjeravaju gotovo sve upravne sporove. Vrhovni upravni sud rješava sve upravne sporove u Austriji, ali ta zemlja nema upravne sudove nižega stupnja.²⁵

Nadležnost za sporove za naknadu štete uglavnom je raspodijeljena između sudova opće nadležnosti i specijaliziranih tijela za nadzor nad upravom. Usprkos postojanju specijaliziranih tijela za upravne predmete neki se sporovi dodjeljuju sudovima opće nadležnosti. To vrijedi za ugovorne sporove u Austriji, Litvi, Luksemburgu i Švedskoj. Isto vrijedi za sporove za naknadu štete u Austriji, Finskoj, Mađarskoj, Luksemburgu, Poljskoj i Švedskoj. U drugim slučajevima nadležnost za sporove za naknadu štete podijeljena je između sudova opće nadležnosti i upravnih sudova. U Finskoj sudovi opće nadležnosti imaju nadležnost za naknadu štete osim u području zaštite okoliša i voda. U Njemačkoj upravni sudovi rješavaju sporove za naknadu štete u području javnih ugovora, javne službe i štete nastale zbog nezakonitosti upravnog akta. U Belgiji sudovi opće nadležnosti rješavaju sporove koji se tiču odgovornosti javnih vlasti za štetu.

Sporovi vezani uz akte i postupanje uprave u obavljanju prerogativa javne vlasti imaju svoje osobitosti. Oni spadaju u nadležnost bilo specijaliziranih tijela ili specijaliziranih upravnih sudaca u tijelima opće nadležnosti ili posebnog stupnja sudovanja. U zemljama koje imaju neovisno upravno sudstvo ono je nadležno za tu vrstu spora (Njemačka, Francuska, Grčka, Italija). Izvan tih zemalja spor o zakonitosti upravnih akata spada u nadležnost Vrhovnog suda (npr. u Danskoj i Irskoj). Isto vrijedi za Cipar gdje Vrhovni sud rješava sve sporove o zakonitosti. Međutim, postojanje specijaliziranih upravnih sudova ne isključuje mogućnost da sudovi opće nadležnosti preuzmu rješavanje sporova o zakonitosti upravnih akata

²⁵ Više o tome: Lemausurier, Jeanne.

(nadležnost kaznenog suca u Francuskoj ili posebnih sudova u Belgiji). Ovi primjeri dovoljni su da se pokaže kolika je raznolikost specijaliziranih tijela. Osim toga ustanovljene su razlike u ustroju tijela nadležnih za vođenje sudskih postupaka protiv uprave.

3.3. Razlike u načinu ustroja nadležnih tijela

Bez obzira na razlike u ustroju, tijela nadležna za vođenje postupaka protiv uprave mogu se podijeliti u dva osnovna modela: ustroj u dva stupnja i ustroj u tri stupnja. Sve je to raspoređeno po teritoriju na različit način ovisno o zemlji.

Ustroj u dva stupnja nailazimo u Austriji, Cipru, Irskoj, Italiji, Litvi, Luksemburgu, Malti, Poljskoj, Republici Češkoj i Sloveniji. Tu spadaju i Irska, Cipar, Malta (zemlje u kojima je kontrola nad upravom povjerena sudovima opće nadležnosti). Različiti stupnjevi sudovanja nisu uniformno ustrojani u svim zemljama. U osam zemalja u drugom stupnju postoji Žalbeni sud nadležan za preispitivanje činjeničnog i pravnoga stanja predmeta (Cipar, Finska, Irska, Italija, Litva, Luksemburg, Malta, Slovenija). U Poljskoj i Republici Češkoj drugi stupanj čini Kasacijski sud. Austrija ne poznaje upravne sudove prvog stupnja, a austrijski Upravni sud rješava samo pravna pitanja.

Slijedom gore navedenoga, komparativnim sagledavanjem pojedinih sustava u suvremenim demokracijama, hrvatski zakonodavac odlučio se za ustroj u dva stupnja. Time je odstupio od dosadašnjeg zakonskog rješenja, važećeg Zakon o upravnim sporovima koji propisuje, da upravne sporove rješava Upravni sud Republike Hrvatske. Zakonom o upravnim sporovima iz 2010. odlučeno je da se od 1. siječnja 2012. godine rješavanje upravnih sporova povjeri upravnim sudovima i Visokom upravnom sudu. Tako ustrojstvo novog upravnog sudstva pretpostavlja: upravne sudove i Visoki upravni sud. Time je u hrvatskom pravnom sustavu značajno promijenjeno ustrojstvo upravnog sudovanja. Vezano uz nova zakonska rješenja, koja bitno mijenjaju sustav sudskog nadzora rada uprave, nužno je bilo zakonski intervenirati u Zakon o sudovima. Tako, Zakon o izmjenama Zakona o sudovima propisuje: Upravni sud Republike Hrvatske od 1. siječnja nastavlja s radom kao Visoki upravni sud, a predsjednici i suci Upravnog suda Republike Hrvatske nastavljaju obnašati sudačku dužnost kao predsjednik i suci Visokog upravnog suda Republike Hrvatske. Visoki upravni sud Republike Hrvatske i upravni sudovi početkom rada preuzet će službenike i namještenike Upravnog suda Republike Hrvatske. Upravni sudovi sastoje se od sudaca koji pripadaju istom tijelu i kojima upravlja Zakon o upravnim sporovima iz 2010. Naime, „osoblje“ upravnih sudova čini jedinstveno tijelo s osobljem Visokog upravnog suda od trenutka stvaranja svih sudova. Na zakonsko oprijedjeljenje dvostupanjskog ustroja upravnog sudovanja izravno se vezuju i izmjene Zakona o sudovima, koje također pretpostavljaju dvostupnjevanje upravnog sudovanja. Dakle, prema Zakonu o upravnim sporovima iz 2010. upravne sporove rješavaju upravni sudovi i Visoki upravni sud. Tako, u pravilu, u prvom stupnju odlučuju upravni sudovi, a

samo u točno određenim slučajevima u prvom stupnju odlučuje Visoki upravni sud. Iste omogućuju usklađenost hrvatskoga sustava upravnog sudovanja s europskim standardima i osiguravanje nadležnosti sudova u utvrđivanju činjenica i primjeni prava.

U zemljama koje imaju ustroj u tri stupnja, upravni sporovi uglavnom se rješavaju prema klasičnoj shemi koja obuhvaća prvi stupanj, žalbeni i kasacijski (Njemačka, Belgija, Danska, Španjolska, Estonija, Francuska, Grčka, Mađarska, Latvija, Nizozemska, Portugal, Velika Britanija i Švedska). Međutim, postoje neke manje razlike u određenim zemljama. Vrhovni upravni sud Švedske može izmijeniti ispitivane odluke nakon što provede činjenično i pravno preispitivanje. U Španjolskoj presude donesene u žalbenom postupku ne idu na Kasacijski sud. Neki Vrhovni sudovi za određene vrste sporova imaju ulogu sudaca u prvom i zadnjem stupnju (Državni savjet Grčke za prekoračenje ovlasti ili neke vrste sporova pune nadležnosti, francuski Državni savjet za određene akte).

Što se tiče teritorijalne raspodjele specijaliziranih sudova zbog povijesnih razloga, a uzimajući u obzir i površinu teritorija, koncentrirani su i smješteni na određenim mjestima (Luksemburg/Cipa/Talin i Tartu u Estoniji). Sudovi prvog stupnja raspoređeni su na poddržavnoj razini (*Land* u Njemačkoj, *Voivode* u Poljskoj, *Regija* u Italiji, *Finskoj* i *Litvi*, *Departman* u Mađarskoj). Vrhovni sud nalazi se na jednom mjestu.²⁶

Prema članku 14. a. Zakona o sudovima Republike Hrvatske upravni sudovi ustanovljavaju se za području jedne ili više županije, dok se Visoki upravni sud Republike Hrvatske ustanovljava za područje Republike Hrvatske.

Pravno oblikovanje teritorijalne nadležnosti u Republici Hrvatskoj zahtjevalo je daljnju pravnu regulaciju, u odnosu na Zakon o upravnim sporovima iz 2010. i Zakon o sudovima. Slijedom navedenoga Zakon o područjima i sjedištima sudova²⁷ određuje sjedište upravnih sudova s određenim područjima nadležnosti u Zagrebu,²⁸ Splitu,²⁹ Rijeci³⁰ i Osijeku.³¹ Razmještaj sudova po teritoriju je uvjetovan dijelom teritorijalnim ustrojem i oblikom zemlje. Isto tako, vezano uz teritorijalnu raspodjelu, a uzimajući u obzir i površinu teritorija, upravni sudovi koncentrirani su i smješteni na navedenim mjestima. Žalbeni sud i Visoki upravni sud Republike Hrvatske, nalazi se u Zagrebu.

26 Gaudemet, Yves, *Droit administratif*, 18 ed., L.G.D.J., Paris, 2005.

27 Narodne novine, br. 144/2010. i 84/2011.

28 Za područja: Koprivničko-križevačke, Krapinsko-zagorske, Međimurske, Varaždinske, Sisačko-moslavačke, Bjelovarsko-bilogorske, Zagrebačke županije i Grada Zagreba.

29 Za područja: Dubrovačko-neretvanske, Šibensko-kninske, Splitsko-dalmatinske i Zadarske županije.

30 Za područja: Istarske, Primorsko-goranske, Ličko-senjske i Karlovačke županije.

31 Za područja: Brodsko-posavske, Osječko-baranjske, Požeško-slavonske, Virovitičko-podravske i Vukovarsko-srijemske županije.

4. POKRETANJE POSTUPKA S OBZIROM NA AKTE KOJE SE MOGU POBIJATI

4.1. Uvod

Ovdje se u osnovi nailazi na dva pitanja: pitanje prirode akata koji mogu biti predmet tužbe i pitanje koje se odnosi na koncipiranje interesa za djelovanjem.

Premda svaka stranka može pokrenuti sudski postupak za pobijanje upravnog akta, nije dopuštena *action populaire*, uz jednu iznimku. Španjolski zakonodavac prihvaća *action populaire* u području urbanizma i zaštite okoliša. U velikoj većini država, tužitelj mora dokazati da ima pravni interes postupati ili ekvivalent tomu: odluka nužno mora utjecati na njegova prava, obveze ili interese.

4.2. Nadležnost tijela za vođenje sudskih postupaka protiv uprave

Kako bismo odgovorili na pitanje vezano uz nadležnost upravnog suca, najprije treba razlučiti dvije koncepcije, pravnog interesa za postupanjem, koje se pojavljuju, a koje utječu na prirodu pobijanih akata.

Prva je koncepcija subjektivna. Stranka mora pretrpjeti „osobnu štetu“ i biti oštećena u svojim subjektivnim pravima. Dakle, pravni interes za postupanjem podrazumijeva povredu subjektivnoga prava (Njemačka,³² Austrija). U Grčkoj je to uvjet samo za upravni spor pune jurisdikcije u kojemu se pobija individualni akt. Vrlo je teško pobijati općenormativne akte (u Nizozemskoj, do 1999. upravni propisi nisu bili podložni sudskoj kontroli)³³ osim ako se dokaže da takav akt ugrožava osobna subjektivna prava. Većina postupaka odnosi se na individualne akte.³⁴ Odluka će za posljedicu imati poništenje akta isključivo između stranaka. Upravnosudski postupak sličan je načelima parničnog postupka:³⁵ postupak između stranaka i najčešće obustava primjene upravnog akta.

Druga koncepcija potpuno je objektivna. Tužba zbog prekoračenja ovlasti je objektivna tužba. To je sudski postupak koji se vodi protiv akta, a tužitelj poduzima radnje u cilju ponovne uspostave zakonitosti (Belgija, Francuska). Općenormativni akt je lako pobijati što rade i građani i pravne osobe. To je postao značajan mehanizam djelovanja uz prosvjede i peticije. Takav pristup omogućuje lakše poništavanje odluke *erga omnes*, uloga tužitelja postaje transparentnija i on se pojavljuje samo kao sredstvo za obranu zakonitosti.

Međutim, razlika je relativna jer mnoge zemlje, a među njima i Francuska, imaju tendenciju priznati upravnosudsku tužbu, poput tužbe zbog prekoračenja

32 Fromont, Michel, *Regards d'un juriste français sur la juridiction administrative allemande*, Rev. Adm., 1999., specijalni broj 7, str. 28.

33 Fromont, Michel, op. cit., str. 174.

34 Za Njemačku, posebno vidi C. Witz, *Le droit allemand*, Dalloz, Connaissance de droit, 2001., str. 58.

35 Vidi vezano uz ovo pitanje Fromont, Michel, *La justice administrative en Europe*, Convergences, RFDA, Pariz, 2002., str. 207.

ovlasti te dvojaku funkciju (zaštitu zakonitosti, ali isto tako i sudsku zaštitu tužitelja). Ta razlika objašnjava i zašto u nekim slučajevima nije isti sudac nadležan za individualne i općenormativne akte (Grčka). Italije je negdje na pola puta (tužbe za poništenje akta kojima je povrijeđena objektivna zakonitost, spor se vodi pred sudom koji ima isključivu nadležnost u slučaju povrede subjektivnog prava, ali je i u tom slučaju potrebna provjera usklađenosti s objektivnim pravom). Sudski postupak pokreće se tužbom protiv upravnog akta, eksplicitnog ili implicitnog, zbog propuštanja izdavanja akta (Grčka) ili zahtjevom za donošenjem akta (Estonija), ako bi takav akt mogao dovesti do povrede prava te osobe. Definicija upravnog akta je više-manje identična (vrijedi spomenuti da se u zakonu od 1. prosinca 2006. navodi pravna definicija individualnog upravnog akta u Latviji). Uz gore navedene ograde, svaki jednostrani upravni akt u načelu se može osporavati na sudu.

Ove dvije koncepcije možemo promatrati i kroz prizmu objektivnog i subjektivnog upravnog spora. Važnost podjele sporova na subjektivne i objektivne prema vrsti akta koji mogu biti predmet spora, valja sagledati u svjetlu Zakona o upravnim sporovima iz 2010. Zakon o upravnim sporovima iz 2010., koji proširuje djelovanje upravnog suda i na postupanja koja nisu „obuhvaćena“ upravnim aktima mijenja dosadašnji koncept upravnog spora u Republici Hrvatskoj. Tako će početkom primjene Zakona o upravnim sporovima iz 2010. (2012. godine), upravni spor imati za cilj i zaštitu objektivne zakonitosti i zaštitu subjektivnih prava pojedinca. Svakako će, 2012. godine upravnosudska zaštita u Republici Hrvatskoj postati puno učinkovitija jer će se putem objektivnog upravnog spora ostvarivati šira zaštita prava građana i sveobuhvatnija zakonitost. U subjektivnim sporovima, postavlja se pitanje treba li nekoj osobi priznati neko subjektivno pravo, te je li neki postupak javnopravnog tijela ugrozio neku individualnu situaciju. Isto tako, bolje će se postupiti ako se prednost u izboru, koji se daje objektivnom pravnom sredstvu, shvati kao ilustrativnu za činjenicu da ona onemogućuje sucu da se ne zaustavi samo na poništenju, izvlačeći samostalno njegove posljedice i na taj način odlučuje što je moguće potpunije o sporu.

Zakonom o upravnim sporovima iz 2010. proširuje se predmet upravnog spora. Nadležnost upravnih sudova izravno se oslanja na predmet upravnog spora. Naime, što se tiče reforme procesnog djelovanja valja istaknuti da je ona postavljena vrlo široko. Predmet upravnog spora proširen je s ocjene zakonitosti pojedinačne odluke i na ocjenu zakonitosti postupanja javnopravnog tijela. Tako je predmet upravnog spora ocjena zakonitosti pojedinačne odluke kojom je javnopravno tijelo odlučilo o pravu i obvezi u upravnoj stvari protiv koje nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek, te odlučivanje o pravu, obvezi i pravnom interesu stranke. Predmet upravnog spora trebao bi biti i ocjena zakonitosti postupanja javnopravnog tijela kojima je povrijeđeno pravo, obveza ili pravni interes stranke protiv kojega nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek. Zakon o upravnim sporovima iz 2010. predviđa i mogućnost vođenja upravnog spora o ocjeni zakonitosti propuštanja javnopravnog tijela da, u zakonom propisanom roku, odluči o zahtjevu ili redovitom pravnom lijeku stranke ili postupi prema propisu, te odlučivanje o pravu, obvezi i pravnom

interesu stranke. Zanimljivo je proširenje i na ocjenu zakonitosti sklapanja, raskidanja i izvršavanja upravnog ugovora. Osobito je važno širenje predmeta upravnog spora i na ocjenu zakonitosti općih akata koji se nalaze izvan jurisdikcije Ustavnog suda.

Zanimljivo je da Zakon o sudovima određuje i predmet upravnog spora kroz nadležnost upravnih sudova i Visokog upravnog suda u upravnom sporu. Tako članak 20a Zakona o sudovima propisuje da upravni sudovi odlučuju: o tužbama protiv pojedinačnih odluka javnopravnih tijela, o tužbama protiv postupanja javnopravnih tijela, o tužbama protiv upravnih ugovora i izvršavanje upravnih ugovora i u drugim zakonom propisanim slučajevima. Na tom tragu, članak 23a istoga Zakona određuje da Visoki upravni sud Republike Hrvatske odlučuje: o žalbama protiv presuda upravnih sudova i rješenja protiv kojih je dopuštena žalba; o zakonitosti općih akata; o sukobu nadležnosti između upravnih sudova i u drugim zakonom propisanim slučajevima. Cilj i smisao odredaba Zakona o upravnim sporovima iz 2010. i Zakona o sudovima koji se odnose na predmet upravnog spora, jest uvođenje širokoga sudskog nadzora nad djelovanjem javnopravnih tijela. To je s jedne strane zaštita prava građana, kako ga priznaje i razvija pravni sustav Republike Hrvatske, a s druge strane zaštita same zakonitosti kao takve, to jest zaštita objektivnoga pravnog poretka. Naime, u ovoj odredbi zakonodavac polazi od pretpostavke da pri djelovanju javnopravnih tijela dolazi do sukoba između pojedinačnih i javnih interesa, pa te sukobe treba urediti na način, na koji će poredak reagirati u smislu rješavanja spornih sukoba. Ovdje je posebno zanimljivo istaknuti kako se novim Zakonom o općem upravnom postupku,³⁶ po prvi put na prostoru Republike Hrvatske, normativno definira upravna stvar, a to je neosporno jedno od najvažnijih pitanja primjene Zakona o općem upravnom postupku. Do donošenja Zakona o općem upravnom postupku niti jedan zakon u Hrvatskoj nije sadržavao definiciju, već je upravnoj i upravnosudskoj praksi ostalo, u svakoj konkretnoj stvari, uspješno ili manje uspješno prosuditi radi li se o upravnoj stvari ili ne.³⁷

Upravni sudovi, prvostupanjska sudska tijela, odlučuju: o tužbama protiv pojedinačnih odluka javnopravnih tijela; o tužbama protiv postupanja javnopravnih tijela; o tužbama zbog propuštanja donošenja pojedinačne odluke ili postupanja javnopravnog tijela u zakonom propisanom roku; o tužbama protiv upravnih ugovora i izvršavanja upravnih ugovora i drugima zakonom propisanim slučajevima. Upravni sudovi trebali bi tumačiti i tražiti zakone kako bi u njima pronašli potporu za rješenje koje smatraju poželjnim. Općenito, rješenje presuda trebalo bi biti utemeljeno na razmatranju prikladnosti, odnosno na mogućim koristima koje bi se

36 Narodne novine, br. 47/2009.

37 Zakon o općem upravnom postupku određuje pojam upravne stvari te propisuje da: upravnom stvari smatra se svaka stvar u kojoj javnopravno tijelo u upravnom postupku rješava o pravima, obvezama, ili pravnim interesima fizičke, ili pravne osobe, ili druge stranke neposredno primjenjujući zakone, druge propise i opće akte kojima se uređuje odgovarajuće upravno područje. Upravnom stvari smatra se i svaka stvar koja je zakonom određena kao upravna stvar.

mogle očekivati u smislu dobrog sudovanja, imajući u vidu osobitosti takvoga spora. Uz glavni zahtjev tužbom se može zahtijevati povrat stvari i naknada štete koju je počinio tuženik. Odgovornost uprave za štetu otvara vrlo osjetljivu problematiku, a u praksi se mogu pojaviti dvije vrste problema koji se tiču odgovornosti za štetu: odgovornost za štetu proizašlu iz upravnih akata i odgovornost za štetu proizašlu iz materijalne činidbe. Čini se logičnim da se sucu specijaliziranom za upravne stvari dodijeli spor o odgovornosti za štetu koja proizlazi iz upravnih akata koje je donijela uprava, što je i Italija učinila u sporovima za naknadu štete nastale zbog upravnih odluka. Što se tiče materijalne štete, danas je još uvijek teško opravdati da se spor za naknadu štete dodijeli upravnom sudu. Tako je u svim zemljama osim Španjolske, Portugala i Grčke taj spor stavljen u nadležnost građanskog suca. Iako su pojedinci često više zainteresirani za dobivanje naknade štete negoli za ostvarivanje poništenja akta.

Sporovi o ugovorima dugo su bili isključivo građanske prirode u čitavoj Europi s izuzetkom Francuske. Ugovor se smatrao vrstom akta privatnog prava: sklopivši ugovor, uprava se stavljala na istu razinu kao i partner. U Francuskoj bi upravni spor o ugovorima također bio građanske naravi da nije bilo Napoleonovih tekstova prema kojima su sporovi o ugovorima državi podvođeni pod nadležnost Državnog savjeta. Istina za volju, to pravilo vrijedi od vremena Luja XIV. koji je smatrao da tvrtke, kojima je njegova uprava povjerala materijalne poslove poput izgradnje cesta ili kanala, ne bi trebale imati pristup građanskim sucima jer se pribojavao njihove nezavisnosti.³⁸

Metode suda variraju ovisno o vrsti nadzora kojeg treba izvršiti. Sudska kontrola odnosi se i na akte i na postupke uprave. *Summa divisio*, spor o zakonitosti/spor pune nadležnosti, postoji u većini zemalja.³⁹ U sporu o zakonitosti sudac odlučuje o usklađenosti upravnog akta s načelom zakonitosti (pritom se podrazumijeva da su sporovi o ugovorima specifični). Spor pune jurisdikcije daje šire ovlasti sucu: primjerice, osim poništenja akta, sudac može izreći kazne, a može i izmijeniti upravnu odluku.

Postoje značajne razlike u pogledu pravne prirode i posljedično, njihove nadležnosti u odnosu na prvostupanjske upravne sudove. Visoki upravni sud Republike Hrvatske zadržava nadležnost u odlučivanju o zakonitosti općih akata, sukobu nadležnosti između upravnih sudova i u drugim zakonom propisanim slučajevima. Visoki upravni sud istodobno je žalbeno sudsko tijelo kada odlučuje o žalbama protiv presuda upravnih sudova i rješenjima upravnih sudova protiv kojih je dopuštena žalba. Spomenutim je Zakonom, predviđena nadležnost upravnih sudaca za sve sporove javnog prava koji nemaju ustavni katakter i koji nisu zakonom stavljeni u drugu nadležnost. Podsjećamo da u nekim zemljama općenormativne akte nadzire ustavni sud, što je slučaj i s Republikom Hrvatskom. Utvrđivanje

38 Više o tome: Bigot, Grégoire.

39 U Švicarskoj od 1. siječnja 2007. postoji samo jedan postupak „u području javnog prava“ (V. T. Tanquerel, F. Bellanger, *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève, Zurich, Bâle, 2006.).

granice nadležnosti upravnih sudova (a time i neprihvatljivosti žalbe/tužbe upravnog suca) može stvoriti neke probleme. Također treba spomenuti da upravni sud pri procjeni svoje (ne)nadležnosti utvrđuje: prirodu osporenog akta i navedene povrede. Spomenuto svakako može izazvati nedoumice. Isto tako, svrsishodno je da mjere, koje ne ulaze u nadležnost Ustavnog suda podliježu tužbama i zahtjevima upravnih sudova. Ta oprjeka stvara razlike u kontroli općenormativnih akata. Ako se odlučimo za objektivnu koncepciju tužba protiv općenormativnog akta postaje posve dostupna, a mogućnost djelovanja vrlo otvorena. Dokazivanje tužitelja da je došlo do povrede subjektivnog prava predstavlja bitno ograničenje u tom području. Spor o općenormativnim aktima organiziran je na specifičan način u svim zemljama koje imaju upravne sudove u sklopu sudbene vlasti. To je doista logično, jer čim ne postoji Državni savjet, spor koji je iznesen sudu shvaća se kao spor između stranaka. Općenormativni akt ne može se smatrati običnim upravnim aktom poput bilo kojeg drugog. Kada je riječ o direktnoj tužbi za poništenje, ona je dopuštena protiv općeg akta u zemljama koje imaju upravne sudove u pravom smislu riječi. Čak je i u zemljama koje imaju Državni savjet, poput Italije, teško postići da se tužba za poništenje općeg akta proglasi dopuštenom, budući da se pojam osobnog interesa tumači na mnogo uži način nego u francuskom pravu. Pravno stanje sudske prakse tek treba uspostaviti rješenje.

Razumljivo, nije sve uvijek strogo određeno. Tako i površna analiza Zakon o upravnim sporovima iz 2010., kao i Zakona o sudovima ukazuje na poteškoće koje se mogu pojaviti kada se jedinstvenim zakonskom definicijom želi prikazati sveukupna nadležnost upravnih sudova i Visokog upravnog suda. Propust koji nastaje iz mogućnosti da se iscrpno odredi predmet upravnog spora ublažava se formulacijom „odlučuju u drugim zakonom propisanim slučajevima“. Mogućnost pojave, tzv. „drugih zakonom propisanih slučajeva“ za sada pronalazimo u odredbama Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkim komunikacijama. Prema odredbama toga Zakona protiv rješenja inspektora elektroničkih komunikacija nije dopuštena žalba, ali se protiv njega može pokrenuti upravni spor pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske, što ne odgađa izvršenje rješenja. Do početka rada Visokog upravnog suda Republike Hrvatske upravni sporovi iz članka 17. i 112. ovoga Zakona pokreću se pred Upravnim sudom Republike Hrvatske.⁴⁰ Dakle, spomenuta zakonska stilizacija ukazuje na odstupanja od pravila upravnog spora, odnosno na prvenstvo postupanja prvostupanjskih upravnih sudova. Mišljenja smo, da bi trebala postojati tendencija da se pojave posebnih postupaka svedu na što manju mjeru, tj. da se što je moguće više predmeta rješava primarno pred prvostupanjskim upravnim sudovima.

Unatoč određenim ograničenjima, tužitelj mora obrazložiti osobni interes za poništenjem akta, budući da je polje primjene upravnog spora izuzetno široko otvoreno u odnosu na osobe koje pokreću spor, i u odnosu na predmet spora. Može se primjetiti, da sudac ima ovlasti u donošenju odluka koje obično odgovaraju vršenju

funkcija javnopravnih tijela i koje nadomještaju odluke koje su mu podnesene na odlučivanje.

Upravni sudovi sude po pravu i po činjenicama, te mogu poduzeti i bitno preispitivanje predmeta. Visoki upravni sud je obvezan činjenicama, onakvima kakve su utvrdili prvostupanjski upravni sudovi.

Ako se zadrži na tradicionalnoj podjeli na objektivni i subjektivni spor kao polazište za oblikovanje različitih modela upravnog sudovanja dobit će se dvije koncepcije s obzirom na pravne učinke odluka sudaca nadležnih za upravne stvari u Europi. Temeljem objektivnog pristupa upravnom sporu, pravnim učinkom odluka prije svega želi se postići da upravna tijela poštuju objektivno javno pravo kako bi uprava mogla dobro funkcionirati. Pritom sudac nadležan za upravne stvari raspolaze različitim mogućnostima da nametne svoje odluke kao što su sudski nalog i penal i to radi poštivanja zakonitosti. Donošenjem Zakona o upravnim sporovima iz 2010. u Hrvatskoj, tužitelj može zahtjevom za izvršenje od suda zahtijevati izvršenje presude.⁴¹ Upravo je sudac nadležan za upravni predmet onaj koji treba pomiriti različite interese, te su mu ovlasti znatno šire. Što govori o tomu da se sudske ovlasti ne svode samo na kontrolu „poštivanja objektivnog prava od strane uprave“, već i na „individualnu zaštitu partnera uprave“, te da sudac ima ovlasti da ponovno uspostavi njihova prava.

Jedine predviđene iznimke tiču se mjera ustupaka stranci koje donosi samo upravno tijelo,⁴² mjere unutarnjeg ustroja i državnih akata ili ekvivalentnu formulu. Primjerice u Italiji nije moguća žalba samo na akte političkog karaktera. Grčka spominje državne akte, poput objave rata ili rapuštanje Skupštine, Cipar također poznaje tu vrstu akta. U Luksemburgu se pozivaju na tu teoriju, ali na mnogo ograničeniji način negoli u Francuskoj jer se jedina vrsta akata koji bi mogli spadati u kategoriju državnih akata tiče odnosa između velikog vojvode i stranih država (akt koji po svojoj prirodi ne podliježe sudskoj kontroli Državnog savjeta). Portugalski zakon isključuje iz nadležnosti upravnog suda akte koji nastaju u izvršavanju političkih i zakonodavnih zadaće. U Belgiji se ne prihvaća teorija državnih akata. Neki akti koji spadaju u djelokrug posebnih sektora uprave ne podliježu sudskoj kontroli (nikada se ne osporavaju odluke o imenovanju koje donosi kralj u svojstvu upravnog tijela). Državni savjet pristao je donijeti odluku o tužbi za poništenje kraljevske odluke o imenovanju guvernera provincije dok se belgijska država tome pokušala suprostaviti pozivajući se na izuzetak vezan uz postojanje državnog akta.⁴³

U Latviji je definirano da političke odluke parlamenta, predsjednika, vlade i lokalnih vijećnika nisu upravni akti i ne spadaju u nadležnost upravnih sudova u slučaju spora. U Švedskoj izrazito politički akti nisu predmet klasične sudske tužbe, ali ta kategorija obuhvaća prije svega akte donesene iz oportuniteta (npr. trasiranje

41 U Europi, pravila o izvršenju presuda sve su doradenija i fleksibilnija ovisno o interesu koji se štiti: zaštita individualnog interesa, zaštita prava tužitelja i zaštita javnog interesa u širem smislu.

42 Gaudemet, Yves, *Droit administratif*, 18 ed., L.G.D.J., Paris, 2005.

43 Belgijski Državni savjet, 10. lipnja 2002., *Vandendoren c/Etat belge*, zahtjev br. 107561.

željezničkih pruga). Danska i Estonija ne poznaju niti jedan izuzetak od dopuštenosti upravnosudske tužbe. Nizozemsko upravno pravo ne poznaje teoriju o državnim aktima, što ne isključuje neka ograničenja kada je riječ o sudskoj tužbi (npr. protiv akata koji sadrže opće obvezujuće propise ili cirkularnog pisma). U Njemačkoj svi akti, uključujući i one političkoga karaktera, podliježu sudskoj kontroli čim su takve prirode da mogu ugroziti temeljna prava ili subjektivna prava.⁴⁴ Predviđene iznimke utvrđene su imajući u vidu poteškoće koje to može proizvesti u odnosu na europsku sudsku praksu. Španjolska se, u ovom pogledu, pokazala odmjerenijom. Bilo je određeno da se akti Vlade političke prirode u načelu ne mogu osporavati na sudu. To je načelo izmijenjeno Zakonom od 13. srpnja 1998. s preporukom da se uzmu u obzir europski kriteriji vezani uz temeljno pravo na učinkovitu sudsku zaštitu. Upravni sudovi do sada su nadležni za odlučivanje o pitanjima koja se tiču sudske zaštite temeljnih prava, o već utvrđenim elementima i ošteti zbog štetnih posljedica akata vlade, vijeća ministara ili autonomnih općina, bez obzira na prirodu akta. Međutim, to ne znači da je kategorija političkih akata potpuno nestala, nego je postala sporedna, a vrijedi osnovno načelo da akti vlade podliježu sudskoj kontroli. Litva se propituje o usklađenosti nekih izuzetaka od sudske kontrole s obzirom na zahtjeve iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Međutim, neke su države usvojile nešto drugačiji pristup. Primjerice, u Republici Češkoj izuzeti su iz sudske kontrole akti upravnih tijela koji nisu odluke, akti koji prethode odluci, akti kojima se mijenja tijek postupka pred upravnim tijelima, akti čije usvajanje ovisi isključivo o ocjeni zdravstvenog stanja osoba ili tehničkih uvjeta, akti koji ne daju niti oduzimaju nikakvu kvalifikaciju fizičkoj osobi; ako se aktom dovede u opasnost državne tajne ili poslovne tajne, sudac može odlučivati o aktu, ali na zatvorenoj raspravi. U Irskoj u načelu niti jedan upravni akt nije izuzet od sudske kontrole, ali zakonodavac zahtijeva od sudova da primjenjuje strože uvjete za dopuštenost kada je riječ o pobijanju valjanosti odluka tijela nadležnih za rješavanje zahtjeva za azil i odluka o urbanističkim pitanjima. Austrija ima neke osobitosti: nadležnost u kontroli zakonitosti upravnih propisa dijele Upravni i Ustavni sud. No neke političke odluke uprave ne mogu se osporavati (npr. odluke o vladinim nacrtima zakona).

U Republici Hrvatskoj iznimke od vođenja upravnog spora ostale su na tragu važećeg Zakona o upravnim sporovima. Tako se upravni spor, sukladno Zakonu o upravnim sporovima iz 2010., neće moći voditi u stvarima u kojima je sudska zaštita osigurana izvan upravnog spora. Prema Zakonu o upravnim sporovima iz 2010. upravni spor se neće moći voditi ni protiv postupovne odluke javnopravnog tijela, te o pravilnosti pojedinačne odluke donesene primjenom slobodne ocjene javnopravnog tijela. Međutim, upravni spor će se moći voditi o zakonitosti takve odluke, granicama ovlasti i svrsi radi koje je ovlast dana. Naime, opseg sudskog nadzora ovisi o tomu ima li uprava diskrecijsku ovlast. Tako postoje područja u

⁴⁴ Berthier, Laurent, *Regards européens sur l'idée qualité des décisions de la justice administrative*, RFDA, Paris, 2008.

kojima ona odabire odluku koja joj se čini najboljom za javni interes. U pogledu akata za koje uprava raspolaže diskrecijskom ovlasti, sud se tradicionalno ograničava na nadziranje pravnih i činjeničnih pogrešaka zlouporabe ovlasti. Za sudsko ocjenjivanje zakonitosti upravnog akta koji sadrži diskrecijsku ocjenu, najzanimljiva je stroga kontrola zakonitosti zbog koje se akt može staviti izvan snage. Zlouporaba ovlasti često se približava zlouporabi postupka, kojim upravno tijelo koristi postupak za cilj različit od onoga radi kojega je uspostavljen. Sud sankcionira pretjerani ili nerazumni nesrazmjer između odluke i činjenica koje su je izazvali, a služi se nadzorom proporcionalnosti. Naime, upravno tijelo može djelovati samo pod određenim uvjetima: prema okolnostima prava, činjenica, vremena, koje pravno uvjetuju njeno djelovanje. Sud istražuje jesu li ispunjeni uvjeti propisani zakonom, a njegov nadzor vrši se nad svim vidovima povrede pravnog poretka.

Vežano uz iscrpljivanje pravnih sredstava, mnoge zemlje imaju postupke filtriranja i za žalbeni i za kasacijski postupak. Njemačka, Austrija, Danska (postupak filtriranja pred *High Court*), Finska (za neke predmete traži se dopuštenje za podnošenje žalbe Visokom upravnom sudu), Grčka (Zakon o Državnom savjetu predviđa filtriranje upravnih sporova u vijeću sastavljenom od pet sudaca odgovarajućeg odjela), Velika Britanija (sustav odobrenja) te Irska (opće pravilo). Latvija nema postupak filtriranja u žalbenom postupku, ali postoji filtriranje na početku kasacijskog postupka pred odjelom za upravne poslove Senata Vrhovnog suda. Tamo tročlano sudsko vijeće analizira žalbe u sklopu prethodnog postupka za odobrenje žalbi. Portugal ima vrlo ograničeni postupak za kasaciju, a Švedska ima postupak odobrenja u žalbeni i kasacijski postupak. Zakon o upravnim sporovima iz 2010. kao razlog za žalbu predviđa: bitne povrede pravila sudskog postupka, pogrešno ili nepotpuno činjenično stanje u sporu te pogrešnu primjenu materijalnog prava. Međutim, imajući u vidu da je jedan od ciljeva reforme upravnog sudovanja bio postizanje učinkovitosti postupka, bilo je potrebno pronaći ravnotežu između djelotvornog ostvarivanja prava građana i istodobno potrebe za kontrolom zakonitosti presude. Kako bi se ograničio broj vrsta tužbenih zahtjeva i odvratio tužitelja od sustavnoga korištenja instance Visokog upravnog suda, kao drugog stupnja, zakonodavac je po uzoru na strano zakonodavstvo nastojao uspostaviti djelotvoran „filar“ koji će spriječiti da baš svi postupci dođu i do druge instance (što bi dovelo do dugotrajnog postupka i samim time neučinkovitog ostvarenja prava građana), a istodobno osigurati otklanjanje nezakonitosti prvostupanjskih presuda drugostupanjskog suda. Zbog toga je uslijedila norma prema kojoj je žalba dopuštena samo protiv reformacijskih presuda. Drugim riječima samo u slučaju kada je upravni sud presudom odlučio o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke, odnosno odlučio drugačije negoli što je riješeno u upravnom postupku.⁴⁵ Dakle, ako prvostupanjski sud presudom odbije žalbu (i time neposredno potvrdu odluku javnopravnog tijela), ta presuda upravnu stvar u biti ne rješava drugačije, pa stoga nije dopuštena žalba protiv nje ni unatoč postojanju nekog od žalbenih razloga.

45 Vidi objašnjenje uz članak 66. Konačnog prijedloga Zakona o upravnim sporovima sa 16. sjednice Hrvatskog sabora.

Žalba se podnosi upravnom sudu koji je donio presudu, u prekluzivnom roku od 15 dana od dana dostave presude. Bitno je istaknuti da u drugostupanjskom upravnom sporu sudjeluju dva suda. Prvostupanjski sud koji je donio napadanu presudu i kojem se žalba podnosi, i drugostupanjski sud nadležan za odlučivanje o žalbi. U pravilu, prvostupanjski sud prima žalbu i odlučuje je li podobna za meritorno razmatranje, a Visoki upravni sud odlučuje o osnovanosti žalbe. Međutim, i Visoki upravni sud može i mora odlučivati je li žalba podobna za meritorno razmatranje, ako je to prvostupanjski sud propustio učiniti ili je o tome pogrešno odlučio. Jedino je Visoki upravni sud ovlašten ocijeniti je li žalba dopuštena. Da bi se o žalbi moglo meritorno odlučivati mora biti pravodobna, izjavljena od ovlaštene osobe, uredna i dopuštena. Ako žalba ne udovoljava svim ovim uvjetima, potrebno ju je odbaciti rješenjem, jer nije podobna za meritorno odlučivanje o utemeljenosti.

Kod rješavanja o tužbenom zahtjevu, predviđeno je isto rješenje kao i u važećem Zakonu o upravnim sporovima. Naime, sud odlučuje u granicama tužbenog zahtjeva, ali nije vezan razlozima tužbe, a na razloge ništavosti pojedinačne odluke i ništetnosti upravnog ugovora pazi po službenoj dužnosti. Novina je u tomu što je omogućeno da sud presudom okonča upravni spor ako tuženik u odgovoru na tužbu ili tijekom upravnog spora prizna tužbeni zahtjev u cijelosti. Ako tuženik u odgovoru na tužbu ili tijekom upravnog spora prizna tužbeni zahtjev u jednom dijelu, a tužitelj prihvati takvo priznanje, sud će nastaviti voditi upravni spor samo u spornom dijelu tužbenog zahtjeva. Spomenutim se ograničava opseg daljnjega vođenja upravnog spora i omogućuje njegovo brže okončanje. Međutim, drugostupanjski sud presudu ispituje samo u dijelu u kojem je osporavana žalbom. Zato ako žalitelj nije naveo u kojem dijelu osporava presudu, trebalo bi uzeti da se presuda osporava u dijelu u kojem žalitelj nije uspio u sporu. Osporenu presudu sud ispituje u granicama žalbenih razloga.

UMJESTO ZAKLJUČKA

U razvoju hrvatskoga upravnog sudovanja mogu se raspoznati određene nedosljednosti, ali i opća tendencija promjene i razvoj upravnog sudstva pod utjecajem prava Europske unije. Tako su se nametale mjere kojima bi sudovanje postalo brže i učinkovitije. One su nastale u zakonskim tekstovima, a razvit će se i u pravnoj praksi. Tako određene mjere imaju palijativni karakter, dok su druge radikalnije.

Na temelju provedenog istraživanja jasno se nameću dva zaključka vezano uz navedena tijela, njihova specijaliziranost u području uprave i profesionalizacija. Tijela nadležna za vođenje postupaka protiv uprave moraju biti u potpunosti podređena sudbenoj vlasti ili u cijelosti integrirana u sudbenu vlast.

Neosporno je da je konvergencijsko kretanje sve očitije. Konvergencija je uostalom i logična. Sve europske zemlje stavljaju pojedinca u središte društva prihvaćajući pritom da treba povesti računa i o općem interesu koji je uostalom samo zbroj pojedinačnih interesa.

Čitav proces reformi jasno se uklapa u europsku perspektivu. Nikakav bitni pristup kvaliteti sudovanja, osim postojanja suda⁴⁶ nije predviđen formulacijom članka 6. stavka 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁴⁷ Na temelju toga se može bez problema zaključiti da će kvaliteta sudske odluke, kako je navedena u Konvenciji, biti karakterizirana samo ako dolazi od tijela koje ima sva institucionalna jamstva vezana uz kvalitetu suda.⁴⁸ Europski sud za zaštitu ljudskih prava smatrat će sudom samo ono tijelo koje ispunjava niz jamstava neovisnosti poglavito u odnosu na izvršnu i zakonodavnu vlast. Da bi se priznalo postojanje suda u smislu europskoga prava potrebno je ispuniti niz institucionalnih jamstava, ali nakon što je to učinjeno, pretpostavlja se da će „proizvodi“ proizišli iz takvih institucija dobiti „oznaku“ kvalitete.

Analizom pravnih učinaka sudskih odluka sudaca nadležnih za upravne stvari dolazi se do skupa pravila nastalih na modelu upravnog spora koji ima sve više subjektivnih obilježja. Od upravnih sudaca očekuje se da rade „po mjeri“ kako bi uspostavili ravnotežu, koji još treba doraditi, između zaštite prava upravnih tijela i jačanja prava građana.

U donošenju odluke o usklađenosti upravnog akta s načelom zakonitosti upravni sudac raspolaže ovlastima koje mogu biti šire ili uže. Poništenje akta osnovni je način sankcioniranja, ali sudac može ići i dalje.

Upravni sudac u vršenju kontrole može uzeti u obzir i ostala moguća rješenja. U Estoniji je to moguće zbog postojanja opasnosti od povrede prava građana; u Velikoj Britaniji zbog opasnosti od povrede odredbi Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Kada upravni sudac ujedno ima funkciju i suca za prekoračenje ovlasti, postoji trend povećanja njegovih ovlasti. On može na klasičan način poništiti akt koji ne poštuje pravila koja su po pravnoj snazi iznad njega: to opet odgovara objektivnoj koncepciji tužbe zbog prekoračenja ovlasti. Ako se utvrdi da upravna odluka ne poznaje pravo, zakonitost, to povlači za sobom njezino poništenje (Francuska, Belgija). U nekim slučajevima sudac može i izmijeniti upravni akt (Italija, rijetko

46 Vidi Europski sud za zaštitu ljudskih prava od 21. ožujka 2000., *Dulaurans c/ France*, § 33.: „Sud podsjeća da pravo na pravičan postupak, zajamčeno člankom 6. stavkom 1. Konvencije obuhvaća, među ostalim, pravo stranaka u postupku da predlože zapažanja koja smatraju relevantnima za svoj predmet. Konvencija koja nema cilj zajamčiti teorijska ili iluzorna, nego konkretna i efektivna prava, a to pravo se može smatrati efektivnim samo ako se ta zapažanja zaista „saslušaju“, odnosno ako ih sud pred kojim se vodi postupak na odgovarajući način preispita. Drugim riječima, članak 6. poglavito podrazumijeva, na teret „suda“, obvezu da učinkovito ispita dokaze, argumente i *offre de preuves* stranaka, osim da ocijeni njihovu relevantnost“; B. Favreau, „Aux sources du procès équitable, une certaine idée de la qualité de la justice“, u: *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruylant, 2001., 9, spéc. str. 18.

47 „Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo, da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj...“.

48 V. S. Guinchard, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, Paris, 2005., 3. izd., str. 626.

Danska). Osim toga, postalo je uobičajeno da sud izda nalog upravnom tijelu da izmijeni akt, donese novi, ponekad u određenom roku (Francuska, Irska, Njemačka). Novi opseg ovlasti danih sucu može donekle ublažiti razlike između spora o zakonitosti/spora pune jurisdikcije, ali isto tako i razliku između objektivne tužbe/ subjektivne tužbe.

Još je posebija ovlast „supstitucije“ koju ima upravni sudac temeljem koje može izmijeniti upravni akt koji smatra nezakonitim. Taj način rada i kontrole suca propisan je zakonom. U Velikoj Britaniji to je slučaj kada tijelo koje je donijelo odluku nije imalo nikakvoga manevarskog prostora, tada sudac može prvobitno donesen akt zamijeniti drugim aktom (to se rijetko događa u Italiji). Isto tako u Luksemburgu postoji „tužba za izmjenu upravnog akta“. Riječ je o specifičnom mehanizmu koji sucu daje ovlast da usvoji akt koji bi zamijenio pobijani akt. Ta je tužba moguća u nekim taksativno navedenim slučajevima u zakonu.

Dakle, sudska kontrola uprave vrši se u okviru zakona. Premda u nekim zemljama nailazimo na temeljnu ulogu suca kao čuvara zakonitosti i zakona, metode nadzora koje koristi, bez obzira na to o kojoj je zemlji riječ, mogu utjecati na tu situaciju. Sudac koji odlučuje o aktima ili postupcima uprave također postaje i zaštitnik prava stranke. Francuski suci u tom smislu djeluju temeljem podataka o prekoračenju ovlasti. Činjenica je da se još ne može još govoriti o europskom upravnom sporu, ali se razmatranja o subjektivnom pravu više ne mogu ostavljati po strani. Uprava sve češće i češće, poput ostalih, postaje neka vrsta „stranke u postupku“, ako to možemo tako reći. Prema njoj bi se moglo postupati kao prema običnoj stranci, što u mnogo čemu približava građanski i upravni postupak. U tom smislu možemo govoriti o određenoj konvergenciji metoda ili u svakom slučaju ciljeva sudaca.

Summary

THE COMPOSITION AND JURISDICTION OF THE ADMINISTRATIVE COURTS

The aim of this article is to analyse the composition and jurisdiction of bodies with powers to decide in court matters against administrative bodies. According to the research conducted, two main conclusions can be made with respect to the competent bodies in question. The bodies are highly specialized in the field of administration (the issue of specialisation) and they consist of professionals with specific knowledge and competences (the issue of professionalization). The types of specialization are equally diverse as well as types of composition. A variety of types of specialization reflects on the division of competence in administrative disputes.

Key words: *2010 Administrative Dispute Act, composition, jurisdiction.*

Zusammenfassung

ORGANISATION UND ZUSTÄNDIGKEIT VON VERFASSUNGSGERICHTEN

Das Ziel dieser Arbeit ist die Analyse von Organisation und Zuständigkeit der für die Führung des Gerichtsverfahrens gegen Verwaltung zuständigen Körperschaft. Aufgrund der durchgeführten Untersuchung werden zwei Schlussfolgerungen in Verbindung mit betreffenden Körperschaften auferlegt, und zwar, ihre Spezialisierung im Bereich der Verwaltung und des Professionalismus und die Spezialisierungstypen der Gerichte, die so unterschiedlich wie die Organisationsart der Gerichte sind, was in der Zuständigkeitsaufteilung der Rechtsstreitigkeiten widerspiegelt wird.

Schlüsselwörter: *Gesetz über Verwaltungsstreitigkeiten aus dem Jahr 2010, Organisation, Zuständigkeit*

Riassunto

ORGANIZZAZIONE E COMPETENZA DELLE CORTI AMMINISTRATIVE

E' finalità del presente lavoro analizzare l'organizzazione e la competenza degli organi per la conduzione dei procedimenti giudiziali contro l'Amministrazione. In base alla ricerca condotta emergono con tutta chiarezza due conclusioni connesse a detti organi: la loro specializzazione nel settore dell'amministrazione e la loro formazione professionale. Le varie specializzazioni al pari si differenziano quanto le varie organizzazioni; del resto la varietà di generi di specializzazione delle corti si riflette sulla ripartizione della competenza per le controversie.

***Parole chiave:** Legge sui procedimenti amministrativi del 2010,
organizzazione, competenza.*

ZAKONSKA REGULACIJA STEČAJA NAD JEDINICAMA LOKALNE SAMOUPRAVE - KOMPARATIVNA RJEŠENJA I HRVATSKA PERSPEKTIVA

Mr. sc. Dejan Bodul, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.736:353.9
Ur.: 2. ožujka 2012.
Pr.: 15. ožujka 2012.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Stečaj lokalnih jedinica fenomen je, koji pokazuje, i povijesna i moderna, događanja u razvijenim zemljama (SAD, glava 9. Stečajnog zakonika), ali i zemljama u razvoju (Mađarska je uvela 1996. godine Zakon o prilagođavanju duga lokalnih jedinica (Zakon, br. 25); Bugarska je uvela 1991. godine Zakonom o upravljanju lokalnom samoupravom, Zakon br. 77, 17-IX-9, s tim da su izmjene bile 1999; Južna Afrika je isto uvela Zakonom br. 34. iz 2001. godine; Brazil je uveo isti Zakonom br. 9496 u 1997. godini, Rumunjska je isti uvela Zakonom o br. 273 o lokalnim financijama 2006. godine, par. 74. i 75.). Takva su iskustva bitna za normativnu konsolidaciju i potencijalnu reformu i razumijevanje i stečajnog i prava na lokalnu samoupravu. Autor u radu, motiviran uređenjem prava SAD-a, kojim je predviđen institut stečaja lokalne samouprave, analizira na koji se način u hrvatskom pravu može umetnuti takav model. Naime, pozitivno stečajno pravo, za sada, isključuje mogućnost provođenja stečaja nad jedinicama lokalne samouprave (Stečajni zakon (dalje u tekstu SZ), NN, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10 i 25/12, čl. 3. st. 2. reč. 1.). Čak bi bilo ispravnije istaknuti da, za sada, nikakva konkretna ex post pravna rješenja ne postoje u slučaju da lokalna jedinica postane insolventna. Stoga o institutu stečaja lokalne samouprave treba promišljati kao mogućnosti budući da države, pa i Hrvatska, teže decentralizaciji usluga, rashoda, poreza, ali i povećanom zaduživanju. Kao prvi komparativni pregled modela za rješavanje financijskih teškoća na lokalnoj razini, rad je osobitog značaja za hrvatskoga zakonodavca. Naime, u slučaju da se ekonomska održivost lokalne jedinice susretne s nepremostivim financijskim problemima, stečaj može biti, iako najmanje poželjna, opcija. Autor ukratko objašnjava ključne značajke i varijacije modela stečaja lokalne samouprave u SAD-u i Mađarskoj. Kao i što je slučaj kod stečaja pravnih osoba, filozofija stečaja lokalne samouprave polazi od ekonomskih pretpostavki raspodjele rizika, stvarajući tako prostor za restrukturiranje i financijsko prilagođavanje. Ipak, specifičnost je težnja zakonodavca za ublažavanjem napetosti između legitimnih prava vjerovnika i

potrebe za održavanjem, bitnih, javnih usluga te jačanjem ex ante fiskalnog položaja lokalne samouprave. Zbog opsežne problematike, rad je dotaknuo tek određena pitanja decentralizacije i pružio samo pregled niza pitanja o stečaju lokalne samouprave. Ono što autor želi istaknuti, ili treba biti odmah uočljivo, čak i u ovakvom osvrtu je, kritična potreba za razmatranjem i drugih opcija u posttranzicijskim zemljama, koja će istražiti i iznijeti, na sustavan i nepristran način, alternativu za insolventne lokalne jedinice i neuspjelu decentralizaciju.

Ključne riječi: decentralizacija, lokalna samouprava, insolventnost, stečaj.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Veza između lokalne vlasti i ekonomske učinkovitosti dugo je promatrana kroz teoriju izloženu u djelu „Čista teorija lokalnih troškova“.¹ U navedenom je radu, na relativno jednostavan način, predstavljen učinkoviti model lokalne samouprave. Njime se svakako stavlja politika alokacije ovlasti kao tradicionalni *raison d'etre* za ulogu nižih vlasti. Desetljećima poslije, a na temelju višegodišnjeg promatranja i iskustva mnogih zemlja koje su provodila reformu decentralizacije, razvio se znatan broj postulata.² Isti ukazuju na učinkovitost decentralizacije te uspostavu jasnih temelja transparentnosti i odgovornosti.

Iz perspektive posttranzicijskih zemalja, financije nižih vlasti imaju presudan utjecaj na sposobnost države za postizanje ciljeva ekonomske učinkovitosti.³ Ipak, nerijetko zbog povijesnog nasljeđa, slučaj zemalja u posttranziciji zahtijeva širi model preispitivanja i uloge stečaja⁴ i uloge decentralizacije.⁵

Predmetna teza opravdana je i s gledišta Republike Hrvatske. Naime, donošenjem Stečajnog zakona 1996. godine (NN, br. 44/96), zakonodavac izražava želju za uvođenjem ekonomske logike u razrješavanju dužničko-vjerovničkih odnosa povećanjem učinkovitosti pokazatelja stečajnog postupka⁶ (skraćenim trajanjem

1 TIEBOUT, Charles M., A Pure Theory of Local Expenditures, *The Journal of Political Economy*, vol. 64, 1956, no. 5, str. 416-424.

2 Detaljnije EBEL, Robert D., YILMAZ, Serdar, Način mjerenja fiskalne decentralizacije i njezin utjecaj na makroekonomske pokazatelje, *Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj*, Radovi s konferencije, Zagreb, 14.-15. studenog 2002., str. 27-43.

3 Tako KENNETH, Davey, (ed.), *Making Government accountable, Local Government Audit in Postcommunist Europe*, Local Government and Public Service Reform Initiative, Budapest, 2009., str. 7. *et seq.*

4 KIM, Michael, When Non use is useful: Bankruptcy Law in Post-Communist Central and Eastern Europe, *Fordham Law Review*, vol. 65, 1996-1997, no. 1, str. 1043. *et seq.*

5 Detaljnije BIRD, Richard M.; EBEL, Robert D. i WALLICH, Christine I., *From Command to Market*. u: Bird R., Ebel R., Wallich C. (eds.), *Decentralization of the Socialist State: Intergovernmental Finance in Transition Economies*, Washington D.C, Regional and Sectoral Studies, 1995, Poglavlje prvo.

6 Do 1996. godine na snazi je bio Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji (NN, br. 54/94.). Isto v. DIKA, Mihajlo, *Insolventno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1998.

postupka, nižim troškovima stečajnog postupka i višim stupnjem namirenja vjerovnika).⁷ Stoga, iako je donošenjem SZ-a znatno unaprijeđen stečajni postupak, praksa je u primjeni navedenoga Zakona ukazala na postojanje mnogih problema,⁸ pa potencijalno i potrebu proširenja pasivne stečajne sposobnosti uvođenjem stečaja nad jedincima lokalne samouprave.⁹ To ističemo budući da, premda, postoji težnja za ozbiljnim pokušajem decentralizacije, većina nižih vlasti još uvijek nije spremna za preuzimanje svoje dodijeljene nadležnosti.¹⁰ Isto ima za posljedicu da veći broj jedinica nije u stanju financijski pratiti izvršenje svojih obveza,¹¹ pa se problemi decentralizacije mogu i moraju promatrati i kroz prizmu stečajnog prava.¹²

Jedan od pozitivnopravnih problema stečajnog zakonodavstva činjenica je da se na svega 5% insolventnih poslovnih subjekata, nerijetko nepravovremeno, otvara stečajni postupak, a ostalima se tolerira poslovanje u dubokoj insolventnosti.¹³

- 7 V. Doing Business in 2008.: Comparing regulation in 178 Economies, A Copublication of World Bank, International Finance Corporation, Oxford University Press, Washington, 2008.
- 8 U tom pogledu su zanimljiva stajališta judikature. Detaljnije ŠIMUNDIĆ, Mladen, Stečajni postupak u praksi, dostupno na mrežnim stranicama: www.sudacka-mreza.hr, (12.2.2011.), str. 1-27.
- 9 Arg. Republika Hrvatska, Državni ured za reviziju, klasa: 041/01/11-02/155, ur. broj: 613-02-02-11-8, Požega 16. lipnja, Izvješće o obavljenoj financijskoj reviziji, zaprimljeno od Republike Hrvatske 17. 6. 2011, klasa: 021/01/11-01/36, ur. broj: 15-11-01 (Izvješće za grad Slavonski Brod). Zanimljivost je da su prva znanstvena razmatranja instituta stečaja lokalne samouprave predstavljena na konferenciji u Zagrebu 1987. godine. V. RAFFER, Kunibert, International Debts: A Crisis for Whom?, in H.W. Singer and Soumitra Sharma, (eds.), Economic Development and World Debt, St. Martin's 1989.
- 10 JURLINA ALIBEGOVIĆ, Dubravka, Financiranje lokalne samouprave, u: Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj, Radovi s konferencije, Zagreb 14.-15. studenog 2002, (Katarina Ott, Anto Bajo i Mihaela Pitarević, ur.), str. 92-107. Takva situacija nije specifična samo za Hrvatsku. Za komparativna iskustva DUNN, Jonathan; WETZEL, Deborah, Fiscal Decentralization in Former Socialist Economies: Progress and Prospects, rad prezentiran na NTA Atlanta Conference, koja predstavljaju temelj istraživanja Svjetske banke za obnovu i razvoj, Decentralization in the ECA Region: Progress and Prospects (December 1998).
- 11 Detaljnije SCHAEFFER, Michael, TIMOFEEV, Andrey, United Nations Development Programme, Fiscal Decentralization in Transition Economies: Case Studies from the Balkans and Caucasus, Bratislava, 2005., str. 83-85.
- 12 McCONNELL, Michael W., PICKER, Randal C, When Cities Go Broke: A Conceptual Introduction to Municipal Bankruptcy, The University of Chicago Law Review, vol. 60, 1993, no. 1, str. 425, 467-68. Prilikom pisanja rada autor će koristiti naziv stečaj (lokalnih jedinica). Takvo imenovanje posljedica je tradicionalne uporabe naziva „stečaj“ u hrvatskom pravu. Prvi stečajni zakon, odnosno Stečajni red donesen je 18. srpnja 1853. godine. SZ RH nastavio je ovu tradiciju unatoč predlaganju da ga se preimenuje u Insolventni zakon jer se pod zajedničkim nazivom "stečajnog postupka", regulira i cijeli niz drugih (ili drugačijih) postupaka. Naziv „Insolventni zakon“, zastupa i vladajuća doktrina (GARAŠIĆ, Jasnica, Pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog/insolventnog postupka prema hrvatskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 56, 2006, br. 2 - 3, str. 588.).
- 13 Tako SAJTER, Domagoj, Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 47, 2010, no. 1, str. 742. Za spomenuti je da državni odvjetnik može odlučiti da ne pokrene kazneni postupak protiv pravne osobe ako se nad istom vodi stečajni postupak (Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, NN, br.

Slijedom toga, otvaranjem stečajnog postupka jedina ekonomska racionalna opcija ostaje provođenje likvidacijskog stečaja (SZ, čl. 5. - 213.) ili obustava postupka zbog nedostatne stečajne mase (SZ, čl. 63., 203. - 207.). Ipak, budući da stečaj ne mora biti nužno i „smrtni“ ishod za pravnu osobu,¹⁴ usporedna, pozitivno pravna svrha SZ-a je takva da on *ex post* omogućava i vraćanje imovine i resursa u produktivnu uporabu kroz postupak sanacijskog stečaja (SZ, čl. 2. st. 2. i čl. 213. - 265.).

2. POVIJESNI OSVRT NA REVOLUCIJU CILJA STEČAJNE PROCEDURE I RAZVOJ IDEJE O DECENTRALIZACIJI U HRVATSKOJ

Teza da se stečajni postupak, barem s povijesnog gledišta, nerijetko doživljavao kao „smrtni“ ishod je neutemeljena.¹⁵ Ovakav odnos prema stečaju vjerojatno vuče korijene iz faze samoupravljanja i socijalistički uređenog stečajnog sustava, gdje se, ideološki, nije priznavao poslovni neuspjeh poduzeća.¹⁶ Izučavanjem judikature uočavamo da se u pojedinim bivšim socijalističkim zemljama išlo tako daleko da je stečaj određenih organizacija udruženog rada bio zakonom zabranjen.¹⁷ Doktrina ukazuje da je odraz ovakvog odnosa prema poslovnom neuspjehu predstavlja pokrivanje gubitaka. Takav sustavni način rješavanja poslovnih problema ima posljedice na lokalnoj razini gdje se gubi motivacija subjekata da se ponašaju ekonomski racionalno, kao i da samostalno identificiraju probleme u poslovanju. Ako tomu dodamo i stalna previranja u formiranju raznih modela lokalnih jedinica koja su se događala, pa skoro, do početka 20. stoljeća, jasno je zašto i danas vidimo izostanak (političkog) konsenzusa oko paketa reformskih poteza u formiranju lokalnih jedinica.¹⁸ Konačno, doktrina upozorava i da je ovakav antitrižni odnos prema neučinkovitom poslovanju imao i negativne posljedice na makroekonomskoj

151/03, 110/07, 45/11, čl. 24.). U navedenim situacijama zakonodavac je vodio računa da će pravnim osobama najčešće biti izricana novčana kazna koja se zbog nedostatka imovinskih sredstava neće moći naplatiti, pa stoga neće biti svrsishodno voditi kazneni postupak. Detaljnije ĐURĐEVIĆ, Zlata, Kaznena odgovornost i kazneni postupak prema pravnim osobama u Republici Hrvatskoj, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 10, 2003, no. 2, str. 760.

- 14 Detaljnije NOVAK, Branko; SAJTER, Domagoj; HADROVIĆ ZEKIĆ, Blaženka, Mora li stečaj biti i 'smrt' trgovačkog društva? Odgovori Europske unije i Hrvatske, XXVII. Wissenschaftliches Symposium Osijek - Pforzheim: *Wie real ist ein Europa der zwei Geschwindigkeiten*, Marijanović, Goran; Wentzel, Dirk (ur.). Osijek, Ekonomski fakultet u Osijeku i Fachhochschule Pforzheim, 2006., str. 77. *et seq.*
- 15 UDE, Lojze, Sanacija i stečaj u jugoslavenskom pravu, u Sanacija i stečaj, Organizacija udruženog rada, Zbornik radova, DIKA, Mihajlo (ur.), str. 7. *et seq.*
- 16 Detaljnije DRAGIČEVIĆ, Adolf, Stečaj u modernom privređivanju, u Sanacija ... *cit.*, str. 170., *et seq.*
- 17 Zakon o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada, Sl. list SFRJ, br. 72/86, 42/87 i 75/87, čl. 8.
- 18 ČAVRAK, Vlado, Strategija i politika regionalnog razvoja Hrvatske, Ekonomija/Economics, vol. 3, 2002, no. IX, str. 645.

razini, koje su doprinijele i slomu socijalističkih ekonomija krajem prošlog stoljeća. Ipak, uspostava demokracije u nacionalnim državama, krajem 20. i početkom 21. stoljeća nosi pečat uspostave decentralizacije i lokalne demokracije. Doktrina ukazuje da je ovo rezultat promjena u razmišljanjima pojedinaca širom svijeta, koji su sada, kada je uspostavljena demokracija na nacionalnoj razini, pod mnogo snažnijim utjecajem njihovih neposrednijih interesa i lokalnih pitanja negoli pod idejom centralizirane države. Radi se zapravo o prelasku na jedan kvalitativno potpuno drugačiji obrazac ponašanja, prelazak na „nova pravila“, odnosno šire gledano i na jedan novi sustav vrijednosti i način razmišljanja. U svakom slučaju moderna shvaćanja utjecala su i na liberalizaciju cilja stečajne procedure. Stoga, od 1. siječnja 1997. godine i donošenja novog SZ-a, cilj je istog stvaranje mehanizma kojim bi se stečajnim vjerovnicima pružila mogućnost da prepoznaju i odaberu najbolju strategiju za povrat iznosa koji im se duguju (SZ, čl. 2., st. 1. i 2.). Pokretanjem stečajnog postupka zamjenjuju se pojedinačna prava na ovrhu koja su vjerovnici imali prije pokretanja postupka (ZPP, 212. st. 1. t. 5.).¹⁹ U slučaju da stečajni vjerovnici prihvate stečajni plan kao najbolju opciju, isti će se zasnivati, u najvećoj mjeri, na poslovnim aktivnostima dužnika, ili na održavanju vrijednosti imovine stečajnih vjerovnika, a osobito na očuvanju radnih mjesta. Ipak očuvanje zakonske forme dužnika (SZ, čl. 2. st. 2. i čl. 213.-265.) nije cilj zakona, kao niti očuvanje radnih mjesta (SZ, čl. 2. st. 1. i čl. 120. st. 1. i 2.). Ipak, ovo je posljednje bitno, i s pozicije socijalne politike (SZ, čl. 2. st. 2. i čl. 120. st. 1. i 2.) i ispunjavanja funkcija održavanja prijeko potrebitih javnih usluga u slučaju da se uvede stečaj lokalne samouprave.

3. POJAM I NEKOLIKO RIJEČI O ZNAČAJU DECENTRALIZACIJE U GLOBALIZIRANOM DRUŠTVU

Fenomen lokalne samouprave i decentralizacije povezan je s čitavim nizom, i filozofskih i ekonomskih, i politoloških i pravnih pojmova.²⁰ Ne treba posebno naglašavati koliki je značaj i dalekosežnost implikacija lokalne samouprave. Iako se u teoriji i praksi pojmovi centralizacije i decentralizacije upotrebljavaju u različitim značenjima, u užem smislu se pod njima podrazumijeva odnos između viših i nižih tijela vlasti u političkom sustavu jedne države.²¹ Zahtjev, odnosno sadržaj lokalne autonomije ispunjen je ukoliko ista ima određenu poreznu i administrativnu nezavisnost.²² Naravno, podrazumijevaju se i zakonska ograničenja i nadzor viših

19 Zakon o parničnom postupku, NN, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11. – dalje u tekstu ZPP.

20 Detaljnije WOLMAN, Harold, *Decentralization: What Is It and Why Should We Care?* u: Robert J. Bennett, (ed.), *Decentralization, Local Governments and Markets: Towards A Post-Welfare Agenda*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

21 Detaljnije World Bank, *Entering the 21st Century*, World Development Report, 1999/2000, str. 2.

22 Detaljnije BLAŽIĆ, Helena, *Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj*, usporedna analiza

razina države nad nižima. Nesporno je da se veći dio modernog svijeta podvrgao nekom obliku decentralizacije, što svjedoči o njezinom značaju.²³ Doktrina ukazuje da postoje najmanje tri ekonomska objašnjenja za ovaj trend.²⁴ Naravno, postoje i drugi, ne ekonomski, ali ne manje važni razlozi.²⁵ Ipak zajednička karakteristika svih je da polaze od iste pretpostavke da *“karakter nekog društva i neke civilizacije ništa ne pokazuje tako jasno kao fiskalna politika koju je ustrojio politički sektor društva”*.²⁶

4. MOGUĆE OPASNOSTI DECENTRALIZACIJE

Iz hrvatske perspektive, pored prirodne težnje regionalnih i lokalnih vlasti da odgovornost i troškove prebace na višu vlast i nemogućnost središnjih vlasti da to odbiju, opasnostima decentralizacije doprinose neprecizno razgraničenje ovlasti različitih razina i niska financijska samostalnost nižih jedinica. Jedinice lokalne uprave i samouprave dobivaju dotacije iz proračuna, što ima za posljedicu da decentralizacija nije provedena do kraja, pa nije u potpunosti²⁷ zaživjela ni

s Europskom unijom i zemljama u tranziciji, u Ekonomska decentralizacija i lokalna samouprava, Karaman Aksentijević, Nada; Blažić, Helena; Kaštelan Mrak, Marija i Rosentraub, Mark S., (ur.), Ekonomski fakultet Sveučilišta u Rijeci i Cleveland State University, Rijeka, 2004, str. 249. *et seq.*

- 23 U čitavom povijesnom razvoju, ali i danas, postoji čitav niz modela kako lokalne samouprave tako i lokalne vlasti. Detaljnije ANTIĆ, Teodor, Komparativni prikaz sustava lokalne samouprave u nekim europskim državama, Politička misao, vol. XXXIX, 2002, br. 4, str. 44-86. Isto vidi ARBUTINA, Hrvoje, Neka pitanja financiranja jedinica lokalne samouprave: međunarodno-komparativni aspekt, Hrvatska javna uprava, vol. 2, 2000, no. 2, str. 283-299. Naime od 75 zemalja u razvoju i tranziciji sa stanovništvom većim od 5 milijuna, njih 63 se izjasnilo da su se upustile u neki oblik prijenosa fiskalne vlasti s centralnih na niže. Detaljnije DILLINGER, William, Decentralization and its Implications for Urban Service Delivery, Washington, D.C., World Bank, 1994., str. 39.
- 24 Povećanje ekonomske efikasnosti države; mobilizacija prihoda i veličina jurisdikcije odnosno mogućnost lokalnih i regionalnih vlasti da prikladnije određuju cijenu usluga koje su usmjerene na njihove građane, što u konačnici rezultira efikasnijim jedinicama vlasti (jurisdikcijama). Detaljnije PULJIZ, Jakša, Gospodarski razvoj, u: Kako potaknuti razvoj na lokalnoj razini, Priručnik s primjerima najbolje prakse iz Jugoistočne Europe, Friedrich Ebert Stiftung, Zagreb, 2005, str. 9. *et seq.*
- 25 Ostvarivanje procesa demokratizacije; osiguravanje dostupnosti javnih usluga svim građanima; povećanje odgovornosti lokalnih vlasti za kvalitetu javnih usluga; direktno učešće građana u kreiranju potreba za javnim uslugama na području gdje žive; preuzimanje odgovornosti lokalnih vlasti za efikasnost korištenja sredstava namijenjenih financiranju javnih usluga, bez obzira na to na koji se način ova sredstva prikupljaju. Detaljnije PLOŠTAJNER, Zlata, MENDEŠ, Ivona, Građanska participacija, u: Kako potaknuti razvoj na lokalnoj razini, Priručnik s primjerima najbolje prakse iz Jugoistočne Europe, Friedrich Ebert Stiftung, Zagreb 2005., str. 90. *et seq.*
- 26 SCHUMPETER, Joseph A., Povijest ekonomske analize, Svezak drugi, Informator, Zagreb, 1975., str. 640.
- 27 To se djelomično pokušalo riješiti donošenjem Zakona o fiskalnoj odgovornosti, NN, br. 139/10.

njihova fiskalna odgovornost.²⁸ Ipak glavni *moralni hazard*²⁹ lokalnih jedinica, a zbog uvjerenja da država ipak neće dopustiti da lokalna jedinica proglašuje *bankrot*,³⁰ mogućnost je da odgovornost i troškove vlastite neodgovorne politike prebace na državu. Nedostatak poticaja za ekonomsku učinkovitost, prije svega uslijed nedostatka konkurencije, ali i uslijed javnog vlasništva nad kapitalom, proturječnih ciljeva poslovanja javnih poduzeća i nepostojanja mogućnosti stečaja, doveli su do vrlo niske ekonomske učinkovitosti lokalnih jedinica, a jedan od ključnih pokazatelja te niske efikasnosti je i problematika donošenja lokalnih proračuna.³¹

Iz komparativne perspektive, doktrina ukazuje da stečaj lokalnih jedinica, ili gotovo pred stečaj dovedenih lokalnih jedinica i spašavanje od strane središnjih vlasti poznaju sve zemlje, od najindustrijaliziranijih, kao što su SAD (npr. Delaware i New York,³² Pritchard³³ ili San Jose³⁴) Njemačka (dvije manje pokrajine (*Landeri*),³⁵ Švicarska, Španjolska, Francuska i skandinavske zemlje,³⁶ preko onih malo manje solventnih (Italija stalno spašava lokalne jedinice izvanrednim sredstvima)³⁷ do ne

-
- 28 BRATIĆ, Vjekoslav, Odlučivanje o lokalnim proračunima - Između sna i jave, Institut za javne financije, Zagreb, 2008., Ott, Katarina, (ur.), str. 115.
- 29 U ovom kontekstu termin „moralni hazard“ odnosi se na pojam kako ga objašnjava HALLINAN, Charles G., u: The “Fresh Start” Policy in Consumer Bankruptcy: A Historical Inventory and an Interpretive Theory, University of Richmond Law Review, vol. 21, 1986, no. 1, str. 49, 84 gdje upućuje na ekonomsku definiciju moralnog hazarda: za dužnike i vjerovnike koji su zaštićeni od posljedica neizvršavanja svojih obveza može se očekivati da će se znatnije zaduživati te i pokretati stečajne postupke. Ipak zbog nedostataka empirijskih dokaza u kojem pogledu moralni hazard stvarno i utječe na ponašanje lokalnih jedinica ili njihovih vjerovnika, potencijalan za moralni hazard se naglašava u medijskoj debati. Detaljnije SCHWARCZ, Steven L., Sovereign Debt Restructuring: A Bankruptcy Reorganization Approach, Cornell Law Review, vol. 85, 2000, no. 1, str. 956, 962.
- 30 U ovom kontekstu termin „bankrot“ odnosi se na pojam kako ga objašnjava JELČIĆ, Božidar; LONČARIĆ-HORVAT, Olivera; ŠIMOVIĆ, Jure i ARBUTINA, Hrvoje, Financijsko pravo i financijska znanost, NN, Zagreb, 2008, str. 619. *et seq.*
- 31 Tako OTT, Katarina; BAJO, Anto, Izrada proračuna za lokalnu upravu u Hrvatskoj, Financijska teorija i praksa, vol. 25, 2001, no. 3, str. 311-449.
- 32 Detaljnije LOPUCKI, Lynn M., DOHERTY, Joseph W., Why Are Delaware and New York Bankruptcy Reorganizations Failing? Vanderbilt Law Review, vol. 55, 2002, no. 1, str. 1933.
- 33 Detaljnije WATSON, Douglas J, HANDLEY, Donna Milam, HASSETT, Wendy L, Financial Distress and Municipal Bankruptcy: The Case of Prichard, Alabama, Journal of Public Budgeting, Accounting & Financial Management, vol. 17, 2005., no. 2.
- 34 WINOGRAD, Barry, San Jose Revisited: A Proposal For Negotiated Modification of Public Sector Bargaining Agreements Rejected Under Chapter 9 of The Bankruptcy Code, Hastings Law Journal, vol. 37, 1985, no. 1, str. 231.
- 35 Detaljnije DUVE, Thomas; DRECHSLER, Wolfgang, Insolvent Local Government: Lessons from Germany, The 18th NISPAcee Annual Conference Public Administration in Times of Crisis, 12-14 ožujka, Varšava, 2010.
- 36 Podrobnije SARS, Anders, Local Governments in Distress: A European Experience, Standard & Poor's Ratings Direct, 1999., str. 1 i 2.
- 37 LIU, Lili, WAIBEL, Michael, Subnational Insolvency: Cross-Country Experiences and Lessons, The World Bank Poverty Reduction and Economic Management Network, Economic Policy and Debt Department, 2008., str. 3.

baš solventnih (Argentina,³⁸ Rusija³⁹), kod kojih konstantna insolventnost lokalnih vlasti ugrožava i cijelu državu. Stoga, iako doktrina ukazuje na niz praktičnih rješenja koja mogu doprinijeti razvoju učinkovite decentralizacije,⁴⁰ skromnim proučavanjem lokalnih jedinica uočavamo tendenciju da lokalna uprava zbog svoje prirode, ima vrlo specifičnu upravljačku kulturu, koja se zasniva na minimalizaciji rizika od promjene, a ne na maksimalizaciji očekivane koristi od promjene. Ipak, uzimajući u obzir varijabilnu prirodu odnosa nižih i viših razina vlasti, a budući da je lokalna samouprava dinamično legislativno područje koje je u stalnom preispitivanju,⁴¹ smatramo pozitivnim mogućnost središnje razine vlasti da odbije spašavati „bankrotirane“ niže nivoe te ih prepusti stečaju. Iako bi iz hrvatske pravne perspektive model stečaja lokalne uprave bio (i politički) teško ostvariv,⁴² prvenstveno zbog utjecaja njemačkoga insolventnog prava koji takav institut ne poznaje, po našem, skromnom, mišljenju svakako bi bio najzdraviji put, jer bi se lokalne jedinice tada suzdržavale od ekonomski neracionalnog ponašanja.

5. SVRHA STEČAJA (LOKALNE SAMOUPRAVE)

U slučaju da pravna osoba bude u stanju insolventnosti, pozitivno pravni sustav stečajnog prava uređuje, po pokretanju postupka, odnose dužnika (poduzeća) i vjerovnika. S druge strane, u slučaju da lokalna jedinica bude određena kao insolventna malo zemalja ima uređen sustav koji bi regulirao odnose takvih dužnika i vjerovnika. Doktrina navodi razne razloge, koji se nažalost svode na niz političkih razloga.⁴³

Cilj klasičnog stečajnog postupka teško je odrediti.⁴⁴ Ipak usporedbom stečajnih zakona uočava se orijentiranost legislative i favoriziranje pojedine strane

38 WEBB, Steven, *Fiscal Responsibility Legislation in Latin American Countries*, Mimeo, The World Bank, 2005.

39 LIU, Lili, WAIBEL, Michael, *op. cit.*, str. 3.

40 MRAKOVČIĆ-SUPEK, Višnja, TOMAŠEVIĆ, Vesna, *Role of Economic Development Strategic Planning Model in Reinforcing Local Government Efficiency*, *Ekonomska decentralizacija i lokalna samouprava*, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Rijeci i Cleveland State University, Rijeka, 2004, str. Isto vidi European Charter on Local Self Government, Recommendation Rec(2004)1 on financial and budgetary management at local and regional levels, Recommendation Rec(2005)1 on the financial resources of local and regional authorities.

41 Argument su česte izmjene Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, NN, br. 33/01, 60/01, 106/03, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09.

42 Doktrina ukazuje da je veliki politički problem bio i u SAD-u. Detaljnije GILLETTE, Clayton P., *Political Will and Fiscal Federalism in Municipal Bankruptcy*, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 269., 2011.

43 Detaljnije SACHS, Jeffrey D., *Do We Need an International Lender of Last Resort*, Frank D. Graham Lecture at Princeton University, dostupno na mrežnim stranicama <http://www.hiid.harvard.edu/about/people/sachs/jsachs.html>. (21.4.2011.).

44 Podrobnije FALKE, Mike, *Community Interests: An Insolvency Objective in Transition Economies?* Institut für Transformationsstudien, Frankfurter, Discussion Paper, no. 01/02.

u stečajnom postupku.⁴⁵ Naime, vrlo je teško naći ravnotežu između interesa vjerovnika i interesa dužnika, pa za svaku stranku postoji *pro* i *contra* argumentacija. Iz te perspektive i rasprava o optimalnoj proceduri za postizanje stečajnih ciljeva nije jedinstvena. Problem proizlazi iz raznolikosti ciljeva koji nastanu pokretanjem stečajne procedure, ali i iz činjenice da učinkoviti stečajni postupak treba ostvariti mnoge, ne često kompatibilne, ciljeve. Stoga stečaj predstavlja savršen primjer ekonomske racionalnosti, budući da odražava osjetljivu, često neodrživu interakciju između zakonske regulative i privatnih interesa, pravila tržišta i interesa društva. Međutim, bitno je uočiti, što će se vidjeti i iz budućih izlaganja, da se kod stečaja lokalne samouprave, naspram (klasičnog) stečaja pravnih osoba, ipak radi o bitno različitom postupku i to sa stajališta prirode postupka te razloga za njegovo pokretanje, i sa stajališta nadležnosti za provođenje i ovlaštenja tijela u postupku. Temeljna razlika je u činjenici da su tijekom stečaja lokane jedinice i dalje dužne pružati javne usluge. Ipak, očito je da se problem insolventnosti mora rješavati balansirajući prava i interese dužnika i vjerovnika. Ono što je značajno je da neki zakonodavci preferiraju drugačije metode u želji da ostvare ove ciljeve.

6. STEČAJ LOKALNE SAMOUPRAVE KAO ODGOVOR NA NEUSPJELU DECENTRALIZACIJU

Među odabranim sustavima stečaja lokalne samouprave našli su se sustavi razvijenih demokracija, s dugom tradicijom stečaja lokalne samouprave, kao što je model SAD-a.⁴⁶ Kunibert Raffer istaknuo je da „*sve što je dobro za SAD dobro je i za ostatak svijeta*“.⁴⁷ Nadajmo se da to nije mislio doslovno. Ipak, iz pravne perspektive zanimljiv je fenomen amerikanizacije prava.⁴⁸ Konkretno za Hrvatsku, višestruku važnost ima učenje pravno-političkih rješenja i prepoznavanje iskustava drugih zemalja u razrješenju fiskalnih problema koji mogu pogoditi lokalnu samoupravu. Isto tako, radi detaljnije analize instituta, indikativna su nam i iskustva, bivših socijalističkih, sada mladih (tranzicijskih) demokracija poput Mađarske, koja će, radi dopuštenog opsega rada, biti obrađena u znatno manjoj mjeri.

45 Detaljnije 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.*

46 Detaljnije o institutu stečaja lokalne samouprave trebalo bi pogledati radove, a koji su u najvećoj mjeri i konzultirani prilikom izrade točke 5., LIU, Lili, WAIBEL, Michael, op. cit. i DUFF, James C. *Bankruptcy Basics*, Bankruptcy Judges Division, Administrative Office of the United States Courts, Revised Third Edition, 2009., str. 51-60. i MORRISON, Fred L., *The Insolvency of Public Entities in the United States*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, no. 1, str. 568. *et seq.*

47 RAFFER, Kunibert, *Internationalizing US Municipal Insolvency: A Fair, Equitable, and Efficient Way to Overcome a Debt Overhang*, *Chicago Journal of International Law*, vol. 6, 2005, no. 1, str. 361.

48 WIEGAND, Wolfgang, *Reception of American Law in Europe*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1991, no. 1.

6.1. Američki model i iskustva

6.1.1. Povijesni osvrt

U predmetnoj domeni Stečajni zakonik se, u posljednjih šest desetljeća, izmijenio nekoliko puta.⁴⁹ Sam postupak stečaja lokalnih jedinica uveden je u pozitivno pravo SAD-a 1934. godine za vrijeme Velike depresije.⁵⁰ Vrhovni sud SAD-a 1934. godine takvu je zakonodavnu konstrukciju odredio neustavnom, prvenstveno zbog zadiranja u suverenitet saveznih država,⁵¹ što je zajamčeno X amandmanom Ustava SAD-a.⁵² Stoga, Kongres je bio prisiljen novelirati Zakon o stečaju lokalnih jedinica,⁵³ koji je u konačnici podržao i Vrhovni sud SAD-a.⁵⁴ Broj prijedloga za pokretanje takve vrste postupaka, u krajnjoj je liniji, skroman. Naime, podneseno je svega 569 prijedloga za stečaj lokalne uprave u razdoblju od 1938 do 2005. godine,⁵⁵ što nije značajan broj ako uzmemo u obzir da u SAD-u ima preko 87.000 lokalnih jedinica.⁵⁶ Ipak, podnošenje nekih prijedloga, primjerice, prijedloga iz 1991. godine kojim je Bridgeport, Connecticut postao, do tada, najveći grad koji je zatražio stečajnu zaštitu u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika, zaintrigiralo je znanstvenu javnost.⁵⁷ Ništa manje važan je i prijedlog iz 1994. godine za proglašenje stečaja Orange Countya, koji je uključivao stotine milijuna dolara duga, što je izazvalo zanimanje znanstvene, ali i šire javnosti.⁵⁸

49 Zanimljivija je izmjena iz 1946. godine povodom odluke Vrhovnog suda (Faitoute Iron and Steel Co. v. Asbury Park 316 U.S. 502 (1942) s kojom se Kongres nije složio. Detaljnije HEMPEL, George H., An Evaluation of Municipal "Bankruptcy" Laws and Procedures, The Journal of Finance, vol. 28, 1973, no. 5, str. 1339.

50 An Act to Amend an Act Entitled "An Act to Establish A Uniform System of Bankruptcy Throughout the United States," approved July 1, 1898, i Acts Amendatory thereof and Supplementary thereto, Pub. L. No. 251, 73d Cong., 2d Sess., 48 Stat. 798 (1934). Detaljnije AMDURSKY, Robert S., The 1988 Municipal Bankruptcy Amendments: History, Purposes and Effects, The Urban Lawyer, vol. 22, 1990., no. 4, str. 2.

51 Ashton v. Cameron County Water Improvement Dist. No. 1, 298 U.S. 513, 532 (1936).

52 Amandman X (1791): *Ovlasti koje nisu Ustavom dodijeljene Sjedinjenim Državama ni njime zabranjene Državama, pridržane su odnosnim Državama ili narodu.* Prijevod SMERDEL, Branko, Ustav Sjedinjenih Američkih Država, Pan Liber, Osijek, 1994., str. 43.

53 Municipal Bankruptcy Act in 1937, Pub. L. No. 302, 50 Stat. 653 (1937).

54 United States v. Bekins, 304 U.S. 27, 54 (1938).

55 Tako DEAL, Keren H., An Examination of Municipal Finance Reform regarding Municipal Bankruptcies in the United States, A Dissertation Submitted to the Graduate Faculty of Auburn University in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy, Auburn, Alabama, 4. travnja, 2007, str. 5. (dostupno kod autora).

56 Tako U.S. Census Bureau, Statistical Abstract of the United States: 2000, tablica 491.

57 *In re City of Bridgeport*, 129 B.R. 332, 336 (Bankr. D. Conn. 1991). Detaljnije BROWN, Dorothy A., Fiscal Distress and Politics: The Bankruptcy filing of Bridgeport as a Case Study in Reclaiming Local Sovereignty, Bankruptcy Developments Journal, vol. 11, 1994-1995, no. 1, str. 625.

58 *In re county of Orange* 183 B.R. 594 (Bankr. C.D. Cal. 1995). Detaljnije HALSTEAD, John M., HEGDE, Shantaram P., SCHMID KLEIN, Linda, Orange County Bankruptcy: Financial Contagion in the Municipal Bond and Bank Equity Markets, Financial Review, vol. 39, 2004, no. 2, str. 293. et seq. i TUNG, Frederick, After Orange County: Reforming California Municipal Bankruptcy Law, Hastings Law Journal, vol. 53, 2002, no. 1, str. 2. et seq.

6.1.2. Kompleksnost ciljeva stečaja lokalne samouprave iz američke perspektive

Prvotni cilj je omogućiti zaštitu financijski opterećenih lokalnih jedinica od ovršnih radnji vjerovnika u vrijeme kada se pokušava napraviti sporazum o reguliranju duga s vjerovnicima. Takav sporazum, odnosno reustroj lokalnih jedinica postiže se prolongiranjem rokova dospeljeća, smanjivanjem kamatnih stopa ili refinanciranjem duga kroz postupak novog zaduživanja što je, iz logičnih razloga, najrjeđa opcija. Ipak, ista se uzima u obzir smatrajući da bi *ex ante* uređeni pravni okvir za provedbu stečajnog postupka nad lokalnim jedinicama utjecao i na smanjenje kamatnih stopa i olakšavao dostupnost kredita za financiranje razvoja lokalne uprave. Iako je slična s drugim glavama Stečajnog zakonika, glava 9. je specifična jer ne uključuje odredbe koje bi nalagale likvidaciju imovine lokalne samouprave i njezinu razmjernu distribuciju vjerovnicima. Takve odredbe bile bi protivne desetom amandmanu Ustava SAD-a. Stoga, zbog ograničenja koja sud ima u glavi 9. Stečajnog zakonika, prvenstveno zbog desetog amandmana Ustava SAD-a, kao i prakse Vrhovnog suda SAD-a, on nema aktivnu ulogu u provođenju stečaja nad lokalnim jedinicama. Njegova je uloga izraženija u drugim glavama Stečajnog zakonika, prvenstveno u glavi 11. Stečajnog zakonika.⁵⁹ Funkcije suda isključivo su ograničene na mogućnost utvrđivanja prijedloga za stečaj dopuštenim i osnovanim, prihvaćanjem plana otplate duga, kao i nadzorom nad izvršenjem plana otplate duga. Zanimljivost je, a što je praksa pokazala i praktična stvar, mogućnost lokalnih jedinica (stečajnih dužnika) da samoinicijativno prošire ovlasti suda, budući da odluke istog imaju veći autoritet. Takvom mogućnošću neizravno bi se izbjegle mogućnosti objesnog parničenja oko određenih pitanja koja nisu pravomoćno utvrđena.⁶⁰

6.1.3. Preduvjeti za pokretanje stečaja lokalnih jedinica

Lokalne jedinice mogu dobrovoljno zatražiti sudsku zaštitu u skladu s odredbama Stečajnog zakonika (11 U.S.C. čl. 303., 901(a)). Prijedlog, naravno, mogu podnijeti isključivo u skladu s odredbama glave 9. Stečajnoga zakona. Temeljem drugih glava Stečajnog zakonika, prvenstveno glave 11., stečajni postupak može pokrenuti dobrovoljno uprava ili nedobrovoljno, primjerice, vjerovnik, što može biti i lokalna jedinica. Ipak, stečajno zakonodavstvo SAD-a ne potiče nedobrovoljno pokretanje stečajnog postupka.⁶¹

59 Prijedlog podnesen u skladu s glavom 11. Stečajnog zakonika najčešće je prijedlog za reorganizacijski stečaj (*reorganization bankruptcy*). Za istaknuti je da pod određenim preduvjetima glavu 11. mogu koristiti i potrošači za potrošački stečaj. Tako WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence, *The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics*, Michigan Law Review, vol. 107, 2009., no. 1, str. 606.

60 Detaljnije o cilju SPITZ, Jonathan J., *op. cit.*, str. 625. Isto AMDURSKY, Robert S., *op. cit.*, str. 3.

61 BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence Alan, *Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 1996, str. 469. *et seq.*

6.1.3.1. Pravilno određena pasivna stečajna sposobnost

Isključivo lokalna jedinica (*municipality*) može proglasiti stečaj u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika (11 U.S.C. čl. 109(c)). U ime lokalne jedinice samo ovlaštenu predstavnik ima pravo pokrenuti stečaj (11 U.S.C. čl. 921(a)). Pojam „lokalne jedinice“ definiran je Stečajnim zakonikom kao politička podjedinica, javna agencija ili instrumentarij države (*political subdivision or public agency or instrumentality of a State*) (11 U.S.C. čl. 101(40)).⁶² Tako određena lokalna jedinica, pokazala je praksa, nerijetko uključuje i druge entitete koje su kao takve definirale savezne ili druge nadležne vlasti države, čime im se daje mogućnost da budu određeni kao dužnici u glavi 9. Stečajnog zakonika.⁶³ U slučaju da nije ispunjen jedan od uvjeta navedenih u čl. 101. i 109. Stečajnog zakonika, sudac odbacuje prijedlog za stečaj (11 U.S.C. čl. 921(c)).

6.1.3.2. Određenje lokalne jedinice kao insolventne

Sljedeći preduvjet je da lokalna jedinica mora biti određena kao insolventna te mora imati mogućnost i želju da provede postignuti plan otplate duga (11 U.S.C. čl. 101(32)(C)). Dok ekonomsko-financijska teorija prilazi problemu definiranja insolventnosti s pozicije održivosti fiskalne politike, pravne definicije služe kao „procesni okidači“ za pokretanje stečajnog postupka. U kontekstu glave 9. Stečajnog zakonika, insolventnost se određuje kao opće neplaćanje dugova po dospijeću (11 U.S.C. čl. 109(c)(3) (1988)). Lokalna jedinica mora dokazati nemogućnost plaćanja dugova po dospelosti u fiskalnoj godini, što se određuje temeljem prihvaćenog proračuna za sljedeću fiskalnu godinu.⁶⁴ Sama mogućnost da lokalna jedinica može poboljšati svoje financijsko stanje povišenjem poreznih stopa ne mijenja činjenicu da trenutno nije u mogućnosti podmiriti dospjele dugove.⁶⁵ Pod pretpostavkom da je neplaćanje rezultat sporova i lokalna jedinica može izvršiti svoje dospjele obveze, neplaćanje dospjelih dugova neće rezultirati određenjem iste kao insolventne za potrebe glave 9. Stečajnog zakonika.⁶⁶ Sudskim tumačenjem pojam insolventnosti proširio se i na situacije u kojima je lokalna jedinica razumno predvidjela buduću

62 Za spomenuti je da se u doktrini koristi još i termin subnacionalni problemi s dugom „subnational debt problem“. Tako SCHWARCZ, Steven L., *Globalization, Decentralization, and the Subnational Debt Problem*, Duke Law Journal, vol. 51, 2002., no. 1, str. 1179., *et seq.*

63 Detaljnije SPITZ, Jonathan J., *Federalism, States and the Power to Regulate Municipal Bankruptcies: Who may be a Debtor under Section 109(c)?*, Bankruptcy Developments Journal, vol. 9, 1992, no. 1, str. 624.

64 *In re City of Bridgeport*, 129 B.R. 332, 336 (Bankr. D. Conn. 1991).

65 *In re Pleasant View Util. Dist.*, 24 B.R. 632, 639 n. 6 (Bankr. M.D. Tenn. 1982). Lokalne jedinice, kao i pravne osobe, nerijetko pokušavaju izbjeći stečaj, budući da isto negativno djeluje na njihovu buduću kreditnu sposobnost. Detaljnije KORDANA, Kevin A., *Tax Increases in Municipal Bankruptcies*, Virginia Law Review, vol. 83, 1997., no. 1, str. 1035, 1072.

66 *Ibid.*

nemogućnost plaćanja dugova po dospijeću-prijeteća insolventnost (11 U.S.C. čl. 101(32)(C) (1988)). Takvo razumno predviđanje mora biti osnovano.

6.1.3.3. Nemogućnost postizanja sporazuma s vjerovnicima

Stečajni zakonik određuje još četiri preduvjeta koji entitet mora ispuniti da bi bio podoban za stečaj u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika (11 U.S.C. čl. 109(c)). Naime, lokalna jedinica mora postići sporazum s vjerovnicima koji u svakoj skupini imaju većinu zbroja tražbina tako da vjerovnike planira namiriti kroz plan otplate duga ili u dobroj vjeri pregovarati s vjerovnicima i bezuspješno pokušati postići sporazum o planu otplate duga s vjerovnicima koji u svakoj skupini imaju većinu zbroja tražbina; biti u nemogućnosti pregovarati s vjerovnicima budući da sporazumi o otplati duga nisu ekonomski održivi te imati opravdane osnove da se određena skupina vjerovnika ili jedan vjerovnik namjeravaju prioritetno naplatiti.⁶⁷

6.1.4. Posljedice pokretanja stečajnog postupka

Stečajni zakon nalaže publiciranje rješenja kojim se pokreće stečajni postupak nad jedinicama lokalnih samouprava, kao i publiciranje prijedloga kojim se traži otpust dugova (11 U.S.C. čl. 923.). Stečajna pravila nalažu da sudski službenik, ili druga osoba koju odredi sud, treba objaviti rješenje (*Federal Rules of Bankruptcy Procedure*, čl. 2002(f)). Takva obavijest mora biti publicirana, barem, jednom tjedno tijekom sljedeća tri tjedna u dnevnom tisku okruga gdje se pokreće stečaj (11 U.S.C. čl. 923.). U praksi sud najčešće izdaje nalog kojim se vjerovnici moraju obavijestiti poštom i određuje novine u kojima se publicira činjenica otvaranja stečaja te druge relevantne činjenice (*Federal Rules of Bankruptcy Procedure*, čl. 9007., 9008.). Takvo je publiciranje bitno budući da dovodi do prekida parničnih i ovršnih postupaka iz čl. 362. Stečajnog zakonika (11 U.S.C. čl. 362(a), 901(a)). Cilj je spriječiti namirenje upućenijih i jačih vjerovnika. Dodatne odredbe o prekidu postupka postoje u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika koje zabranjuju ovrhu na imovini službenika lokalne jedinice (11 U.S.C. čl. 922(a)). Ipak čl. 922(d) ograničava prekid postupka u odnosu na određena potraživanja, pa se tako porezne tražbine i dalje prioritetno namiruju. Vjerovnici imaju pravo prigovora na rješenje o otvaranju stečajnog postupka (11 U.S.C. čl. 921(c) te sud mora održati posebno ročište na kojem će raspraviti o osnovanosti prigovora (11 U.S.C. čl. 921(c)). Doktrina ukazuje da je sadržaj prigovora činjenica da su pregovori o postizanju održivog plana otplate duga održani u zloj vjeri te da entitet, koji je određen kao lokalna jedinica, nema sposobnost biti subjekt u skladu s glavom 9. Stečajnog zakona. Isto ima za posljedicu da sudac može obustaviti postupak u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika, nakon obavijesti i održanog ročišta, pod pretpostavkom da

⁶⁷ U tom slučaju dužnik ili vjerovnici imaju mogućnost pobijanja pravnih radnji. Detaljnije COUNTRYMAN, Vern, *The Concept of a Voidable Preference in Bankruptcy*, *Vanderbilt Law Review*, vol. 38, 1985, no. 1, str. 713.

dužnik prijedlog nije podnio u dobroj vjeri ili ako prijedlog ne zadovoljava sve procesne pretpostavke iz 11 U.S.C. čl. 921(c). Također, može odbaciti prijedlog, zbog, primjerice, nerazumnog kašnjenje dužnika u predlaganju plana otplate duga vjerovnicima.⁶⁸ U slučaju da prigovor nije prihvaćen, Stečajni zakonik nalaže da se postupak nastavi u skladu s pravilima glave 9. Stečajnog zakonika (11 U.S.C. čl. 921(d)).

6.1.5. Položaj tijela stečajnog postupka i drugih sudionika

6.1.5.1. Položaj suda

Značajna razlika glave 9. naspram drugih glava Stečajnog zakonika nemogućnost je sudskog službenika da automatski dodijeli predmet stečajnom sucu. Naime, predsjednik stečajnog suda okruga u kojem je podnesen prijedlog imenuje suca (11 U.S.C. čl. 921(b)). Takva je odredba oblikovana kako bi se uklonili politički utjecaji o tomu koji će sudac predsjedavati slučajem i da se osigura dodjeljivanje predmeta sucu koji raspolaže potrebnom stručnošću i poslovnim iskustvom potrebnim za vođenje odnosnog stečajnog postupka. Uloga je suca ograničena budući da se jasno naglašava da svakodnevne aktivnosti dužnika nisu podvrgnute njegovoj kontroli. Naime, članci 903. i 904. Stečajnog zakonika stvoreni su da ograniče ovlasti suda prilikom provođenja stečaja nad lokalnim jedinicama. Članak 904. ograničava ovlast suda da se miješa u politička i upravljačka prava dužnika, zabranjuje bilo kakvo zadiranje u imovinska prava dužnika, kao i mogućnost raspolaganja imovinom koja donosi prihode dužniku. Iznimka je ako dužnik na to pristane ili tako odredi planom otplate duga. Svakako, ograničena funkcija suda iz 11 U.S.C. čl. 904. doprinosi osiguranju ustavnosti glave 9. Stečajnog zakonika. Slično tomu, 11 U.S.C. čl. 903. određuje da glava 9. ne ograničava mogućnost središnje vlasti da nadzire, zakonodavno ili drugačije, lokalne jedinice u vršenju svojih političkih ili upravljačkih prava. Iznimke su nemogućnost države da donese zakon kojim bi se plan otplate primijenio i na vjerovnika koji se s istim ne slože.⁶⁹ Nadalje, sud ne može imenovati stečajnog upravitelja, osim u iznimnim okolnostima (11 U.S.C. čl. 926(a)). Sljedeća specifičnost glave 9. Stečajnog zakonika, za razliku od drugih glava Stečajnog zakonika, nemogućnost je prebacivanja u drugu glavu Stečajnog zakona, posebice u glavu kojom bi se pokušala izvršiti likvidacija imovine dužnika i razmjerno namirenje vjerovnika. To je zbog činjenice da u skladu s glavom 9. ne postoji stečajna masa koja nastaje pokretanjem stečajnog postupka pa ne postoji niti potreba administriranja stečajnog postupka (11 U.S.C. čl. 902(1)). Dužnik može i sklopiti nove ugovore o radu radi dovršenja započelih poslova i otklanjanja moguće štete i to bez sudskog odobrenja. Sud jedino ima nadzor nad troškovima koji nastanu tijekom izrade plana otplate duga.

68 Za detaljniji popis razloga 11 U.S.C., čl. 930.

69 ELLISON, Kenneth W., *The recent revision of the Federal Municipal Bankruptcy Statute: A Potencial Reprieve for Insolvent Cities?*, Harvard Journal on Legislation, vol. 13, 1975-1976, no. 1, str. 567.

6.1.5.2. Položaj stečajnog upravitelja

U skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika stečajni upravitelj znatno je ograničen u svojim ovlastima i dužnostima. Iako stečajnog upravitelja imenuje odbor vjerovnika (*creditors' committee*), ne održava se ispitno ročište pa isti nema mogućnost operativnog vođenja postupka. Budući da, kao materijalno pravnu posljedicu otvaranja stečajnog postupka, ne preuzima poslove upravljanja i zastupanja dužnika, nema nikakvog nadzora nad financijskim poslovima dužnika, kao i nad naknadama koje se isplaćuju za ugovore o radu sklopljene na određeno vrijeme radi dovršenja započetih poslova i otklanjanja moguće štete.

6.1.5.3. Položaj vjerovnika

Jedna od prednosti surađivanja s lokalnim vlastima za vjerovnike uvijek je bila sigurna isplata po izvršenju usluga. Ipak postojanje instituta stečaja nad lokalnom samoupravom pokazalo je da i u slučaju pravodobnog izvršenja svojih obveze vjerovnike može zakinuti za protučinidbu lokalna samouprava.⁷⁰ Njihov je položaj ograničenije naspram drugih glava Stečajnog zakonika. Prvo ne postoji ispitno ročište vjerovnika, stoga im nije pružena mogućnost da izlože vlastiti plan otplate duga. Nadalje, pod pretpostavkom da su određeni preduvjeti ispunjeni, dužnikov plan otplate duga je obvezujući za sve vjerovnike. U određenom vremenskom razdoblju vjerovnici moraju opravdati svoja potraživanja (Federal Rules of Bankruptcy Procedure, čl. 3003(c)(3)). Mnogi vjerovnici neće trebati dokazivati postojane svoje tražbine. Primjerice, dužnik, lokalna jedinica, mora podnijeti popis vjerovnika (11 U.S.C. čl. 924.). Takav se popis prilaže zajedno s prijedlogom za pokretanje stečaja. Ipak takav popis vjerovnika može se i naknadno dostaviti, u instruktivnom roku koji odredi sud (Federal Rules of Bankruptcy Procedure, čl. 1007.). Stoga vjerovnik neće morati dokazivati svoje potraživanje ako se ono našlo na listi koju priloži dužnik prilikom podnošenja prijedloga za stečaj, osim ako takvo potraživanje nije osporeno (11 U.S.C. čl. 925.). Takvim mogućnostima dužniku je dana velika sloboda djelovati bez ograničenja koja u drugim glavama nameće, bilo sud, stečajni upravitelj ili vjerovnici. U svakom postupku, u skladu s glavom 9., postoji odbor vjerovnika koji ima obveze slične onima koje ima odbor vjerovnika u glavi 11. Stečajnog zakonika. Takve obveze uključuju angažiranje jednog ili više odvjetnika, računovođa ili drugih osoba koje će predstavljati odbor vjerovnika; pregovaranje s dužnikom u pogledu administriranja postupka; ispitivanje imovine, odgovornosti, financijskog stanja dužnika; sudjelovanje u pravljenju plana otplate duga te poduzimanju drugih radnji koje su u interesu onih koje zastupaju (11 U.S.C. čl. 901(a), 1103.).⁷¹

70 Detaljnije POMMER, Eric S., FRIEDMAN, Marc M, *Municipal Bankruptcy and Its Effect on Government Contractors*, *The Public Contract Law Journal*, vol. 25, 1995-1996, no. 1, str. 249. *et seq.*

71 Detaljnije ELLISON, Kenneth W., *op. cit.*, str. 566.

6.1.5.3.1. Položaj držatelja obveznica i drugih vrijednosnih papira

U cilju ispunjenja obveza, lokalne jedinice nerijetko izdaju obveznice. Takav model kratkoročnog samofinanciranja omogućava emitentima financiranje projekta koje nisu mogućnosti provesti na osnovi tekućih sredstava u jednog fiskalnoj godini. Različita vrsta obveznica ima drugačiji položaj u stečajnoj proceduri u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika. Imatelji općeobvezujućih obveznica (*general obligation bonds*) tretiraju se kao „obični“ stečajni vjerovnici. Lokalna zajednica kao izdavatelj takve vrste obveznica nije obvezna platiti kamate ni glavnice tijekom stečajnog postupka, dok je naplata dospjelih obveza na osnovi izdanih općeobvezujućih obveznica podvrgnuta pregovorima i mogućem restrukturiranju u planu otplate duga. Namjenske obveznice (*revenue bonds*) zadržavaju privilegirani položaj, te se obveze koje iz njih nastanu moraju izvršavati tijekom stečajnog postupka u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika (11 U.S.C. čl. 928.). Kako su sredstva prikupljena takvom vrstom obveznica namijenjena izgradnji određenog objekta, a povrat duga predviđen je iz prihoda ostvarenog temeljem korištenja tog objekta, imatelji obveznica mogu očekivati redovno ispunjenje njihovih potraživanja tijekom postupka u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika, ako je takav prihod dostupan. Općenito govoreći, držatelji vrijednosnica se ne trebaju brinuti oko mogućnosti naplate svojih potraživanja budući da imaju prioritetni red namirenja. U tom je pogledu bitno i da se svaka isplata vjerovnicima, odnosno držateljima vrijednosnica ne može pobijati s osnove pogodovanja ili oštećenja drugih vjerovnika (11 U.S.C. čl. 926(b)).⁷²

6.1.5.4. Položaj dužnika

Prvenstveno zbog zakonskih ograničenja koja su nametnuta sudu u stečajnom postupku u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika, sud je manje uključen u proceduru dok dužnik pokušava reorganizirati svoje financijsko stanje. Dužnik, lokalna jedinica, ima široke ovlasti u pogledu korištenja imovinskih prava, povisivanja stope poreza te raspolaganja prihodima i rashodima.⁷³ Također je dopušteno reorganizirati sve nenovčane ugovorne obveze u skladu s ovlastima da se napravi moratorij na ugovore s ovršnim klauzulama. Isto tako postoji mogućnost slobodnog raspolaganja sa svim ugovorima o najmu koji nisu istekli, a koji bi inače bili pod sudskom kontrolom. Nadalje lokalna jedinica ima ovlast za pobijanje pravnih radnji kao i svaki drugi dužnik. Isto ima mogućnost raskinuti ugovore o obavljanju poslova i zamrznuti isplate doprinosa za mirovina bez procedure kao što to zahtijeva stečajna procedura u skladu s glavom 11. Stečajnog zakonika (11 U.S.C. čl. 364, 901(a)). Takva mogućnost važna je za financijsku održivost lokalnih jedinica koje su izabrale stečaj kao „posljednje utočište“.⁷⁴

72 Svakako pogledati ARBUTINA, Hrvoje, *op. cit.*, str. 283-299.

73 Detaljnije KORDANA, Kevin A., Tax Increases in Municipal Bankruptcies, *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997, no. 1, str. 1035.

74 Fraza je posuđena od ADLER, Barry E., Symposium: The Law of Last Resort, *Vanderbilt Law Review*, vol. 55, 2002, no. 1, str. 1661.

6.1.5.5. Prava sudionika

Kada lokalne jedinice podnesu prijedlog za stečaj u skladu s glavom 9., postoji veliki broj sudionika koji najčešće čekaju svoju priliku da se izjasne o nekim činjenicama. Stečajna postupovna pravila određuju da se ministar SAD-a nadležan za poslove financija može, ili ako ga pozove sud hoće, umiješati se u postupak u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika (Fed. R. Bankr. P. čl. 2018(c)). Nadalje, predstavnici savezne države u kojoj je dužnik smješten, također se mogu umiješati u postupak u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika (Fed. R. Bankr. P. čl. 2018(c)). Kao dodatak, Stečajni zakonik dopušta Komisiji (*Securities and Exchange Commission*) da se pojavi i iznese svoje stajalište o bilo kojem pitanju (11 U.S.C. čl. 901(a), 1109.). Drugi sudionici, primjerice, zaposlenici lokalne jedinice, građani lokalne jedinice, osobe koje nemaju prebivalište, ali imaju nekretnine, svatko tko plaća porez lokalnoj jedinici kao i lokalne banke, također, imaju mogućnost izjasniti se (*ibid.*).

6.1.6. Podnošenje i pretpostavke za prihvaćanje plana otplate duga

Stečajni zakonik određuje da dužnik mora podnijeti plan otplate duga (11 U.S.C. čl. 941.). Plan mora biti priložen uz prijedlog za pokretanje stečajnog postupka ili u primjerenom roku kako ga odredi sud. Zanimljivost je da Stečajni zakonik ne sadrži odredbu koja bi dopuštala ili zabranjivala vjerovnicima ili drugim zainteresiranim sudionicima da podnesu plan otplate duga. Stoga polazeći od pretpostavke, što nije zabranjeno-dopušteno je, vjerovnici su pokušali podnijeti plan otplate duga. Ipak takve planove odbacio je Vrhovni sud⁷⁵ koji se pozvao na X. amandman Ustava SAD-a, tvrdeći da isti zahtijeva da lokalne jedinice imaju nadzor nad svojim poslovima tijekom postupka u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika. Stoga, niti vjerovnici niti sud nemaju kontrolu nad predlaganjem plana otplate duga koji bi se *ex post* odrazio na mogućnost reguliranja poreznih stopa kao i na odluku o raspolaganju dostupnim imovinskim sredstvima. Sami standardi prihvaćanja plana otplate duga u glavi 9. Stečajnog zakonika kombinacija su preduvjeta iz 11 U.S.C. čl. 943(b) i onih iz 11 U.S.C. čl. 1129 (iz glave 11. Stečajnog zakonika) koji se primjenjuju temeljem 11 U.S.C. čl. 901(a). Člankom 943(b) navodi sedam glavnih preduvjeta koji se zahtijevaju za prihvaćanje plana otplate duga. Stoga i sud mora potvrditi plan otplate duga ako su ispunjeni sljedeći preduvjeti: 1. plan otplate duga u skladu je s odredbama iz glave 11. Stečajnog zakonika koje se moraju primjenjivati temeljem čl. 103(e) i 901.; 2. plan otplate duga u skladu je sa svim odredbama glave 9. Stečajnog zakonika; 3. sve iznose koje mora podmiriti dužnik ili bilo koja druga osoba za usluge ili troškove u slučaju nesreće u potpunosti su utvrđeni i razumni; 4. dužnik nije zakonski onemogućen u poduzimanju bilo kojih dopuštenih radnji u cilju izvršavanja plana otplate duga; 5. plan otplate duga omogućava da pravomoćnošću plana otplate duga, svaki vjerovnik tražbine koja je određena u

⁷⁵ Ashton, 298 U. S., str. 528. i Bekins, 304 U. S., str. 51.

skladu s čl. 507.(a)(1), dobiva novčani ekvivalent dogovorenog potraživanja 6. svaki politički pristanak koji je potreban temeljem nestečajnog zakonodavstva, kako bi se odredbe plana otplate duga sprovele, mora biti dobiven ili je već dobiven i 7. plan je u najboljem interesu vjerovnika i financijski je održiv (11 U.S.C. čl. 943(b)). U skladu s takvim odredbama, osim čl. 1129(a)(8) koji određuje da su prava vjerovnika svih isplata redova umanjena ili su isti prihvatili plan otplate duga, smatra se da je plan prihvaćen ako ne diskriminira te je pravedan i pošten. Pretpostavka da je plan „u najboljem interesu vjerovnika“ ima drugačije značenje od takve formulacije u glavi 11. Stečajnog zakonika. Naime, u skladu s glavom 11. Stečajnog zakonika to znači da bi dužnici bili namireni u istoj mjeri i planom i likvidacijom imovine dužnika (11 U.S.C. čl. 1129(a)(7)(A)(ii)). Stoga drugačija interpretacija nužna je za potrebe glave 9. Stečajnog zakonika, budući da se imovina lokalne jedinice ne može likvidirati te kao takva služiti razmjernom namirenju vjerovnika. Stoga u skladu s glavom 9. takva se formulacija interpretira da je tako postignut plan otplate duga najbolja opcija za svakog vjerovnika.⁷⁶ Općenito govoreći alternativa je odbacivanje prijedloga za stečaj u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika i dopuštanje da se brži i obavješteniji vjerovnici prioritetno namire.

6.1.7. Ishođenje otpusta dugova

Lokalna jedinica ima pravo na oslobođenje od dugova u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika po potrebitom prihvatu plana otplate duga te nakon što je određeni iznos, osiguranje, položeno u sudski depozit (11 U.S.C. čl. 944(b)). Postoje dvije iznimke na otpust dugova: ako su se stranke drugačije dogovorile planom otplate duga i ako postoji tražbina, za koju vjerovnik nije ni znao da je predmet razmatranja u stečajnom postupku te o istoj nije niti bio obaviješten (11 U.S.C. čl. 944(c)). Sud također ima ovlast da 180 dana nakon prihvaćanja plana otplate duga, te nakon saslušanja i obavijesti vjerovnika, opozove takav prihvata ako je isti ishodovan na prijeveran način (11 U.S.C. čl. 901(a), 1144.).

6.2. Mađarska iskustva

Stečajna procedura nad lokalnom samoupravom sastoji se od šest faza: 1. pokretanje postupka, 2. ispitivanje osnovanosti prijedloga od strane suda, 3. formiranje plana otplate duga, 4. formiranje proračuna za krizna vremena, 5. pregovaranje oko plana otplate duga i 6. likvidacija imovine u slučaju da se ne postigne plan otplate duga s vjerovnicima. Ipak, iako je, u osnovi, postupak sličan s onim u pravu SAD-a, postoje ključne razlike. Tako postupak stečaja nad lokalnom jedinicom može pokrenuti i vjerovnik, što je američki zakonodavac isključio. Ipak, naglasak je stavljen na odgovornu osobu (gradonačelnika, načelnika) koji je pravovremeno dužan pokrenuti stečaj ili u protivnom kazneno pravno odgovara. U slučaju da vjerovnik

pokreće postupak pretpostavka je da mu lokalna jedinica kasni s plaćanjem 60 dana. Sud prilikom ocjenjivanja osnovanosti prijedloga isti može odbaciti, ako utvrdi da lokalna jedinica raspolaže imovinom kojom može podmiriti postojeće obveze. Ono što najviše razlikuje mađarski od američkoga modela mogućnost je likvidacije imovine lokalne zajednice u slučaju ne postizanja dogovora oko formiranja plana otplate duga. Naime, dužnik, lokalna jedinica i vjerovnici dužni su postići sporazum 210 dana od pokretanja stečajnog postupka, odnosno 270 dana nakon što dužnik kasni s plaćanjem. Praksa likvidacije lokalne imovine iznimno je rijetka te je napravljena samo u četiri slučaja.⁷⁷ Slijedom literature kojom raspolažemo vidimo da je od 1996. do 2001. provedeno sveukupno 18 postupaka stečaja nad lokalnim jedinicama.

Prilikom ovako kratke analize modela stečaja lokalne samouprave, bilo bi pogrešno analizirati sustava *per se*, ne vodeći računa o specifičnim okolnostima uključujući nejasan sustav pravnih lijekova, pasivnost vjerovnika, neučinkovitost ovrhe sudskih odluka, nedostatan nadzor nad radom stečajnog upravitelja i nedosljedna primjena Stečajnog zakona. Neki od učinaka zakona o stečaju lokalnih jedinica su ograničeni, s obzirom na to da neki od čimbenika izravno ovise o institucionalnim kapacitetima i raspoloživim resursima. Prilikom donošenja navedenog Zakona podrazumijevalo se unaprjeđenje rada sudova, unaprjeđenje sustava ovrhe kao i učinkovitost modela osiguranja i sl. Ipak, nisu bili stvoreni adekvatni poticaji, pri čemu je i dalje postojao niz proceduralnih prepreka učinkovitijem provođenju specifičnog stečajnog postupka nad lokalnim jedinicama.⁷⁸

7. HRVATSKI ODGOVOR NA MODERNE TIJEKOVE DECENTRALIZACIJE

Iz pozitivno pravne perspektive načelo financijske samostalnosti lokalnih jedinica utvrđeno je u Ustavu RH.⁷⁹ Prva faza procesa (fiskalne) decentralizacije u Hrvatskoj započela je 2001. kada je preispitan ukupni zakonodavni i financijski okvir za lokalnu i područnu samoupravu.⁸⁰ Zakon o financiraju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave⁸¹ utvrdio je postojeći mehanizam financiranja lokalnih jedinica. Isti je, zajedno sa Zakonom o proračunu,⁸² omogućio lokalnim jedinicama

77 Grad Sáta, 2002. i grad Somogyfajs 2001., Bakonszeg 2001., Nágocs 2001.

78 Detaljnije JÓKAY, Charles; SZEPESI, Gábor i SZMETANA, György, Municipal Bankruptcy Framework and Debt Management Experiences 1996–2000, u Intergovernmental Finances: A Decade of Experience, Mihály Kopanyi, Deborah Wetzel, Samir El Daher (eds.), World Bank Publications, 2005.

79 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, čl. 137.

80 Tako i detaljnije Usklađenost hrvatskoga zakonodavnog okvira s Europskom Poveljom o lokalnoj samoupravi, The Urban Institute, Zagreb, 2005., str. 12.

81 NN, br. 117/93, 69/97, 33/00, 73/00, 127/00, 59/01, 107/01, 117/01, 150/02, 147/03, 132/06, 26/07, 73/08.

82 NN, br. 87/08.

zaduživanje. Ipak doktrina ukazuje da su upute i postupci zaduživanja nedorečeni i uglavnom uključeni u godišnje zakone o izvršavanju proračuna. Nizom programa i zakona Vlada Republike Hrvatske stvara obvezu spram daljnje decentralizacije radi omogućavanja većeg utjecaja i odgovornosti za razvoj na lokalnoj razini.⁸³ Načela koja služe kao vodilja za suvremeni sustav lokalne i područne samouprave nalaze se i u preporukama Vijeća Europe.⁸⁴ Ipak, iako je normativni okvir, u određenoj mjeri, zadovoljavajući, potrebne su znatno brže i dublje promjene ekonomske logike da bi lokalne jedinice bile u mogućnosti optimalno iskoristiti opcije koje (novi) zakoni pružaju ili trebaju pružiti. Naime, praksa je više puta istaknula da se, i iz hrvatske perspektive, ideja o lokalnoj samoupravi najčešće izvodi iz političkih razloga, a ne ekonomskih postulata. Time se ugrožavaju elementarna načela i argumenti učinkovite ekonomske politike, dovodeći u opasnost principe racionalnog pristupa decentralizaciji, a time i gospodarsku učinkovitost lokalne samouprave. Posljedica navedenog je da su glavni problemi decentralizacije u Hrvatskoj vezani uz broj i veličinu lokalnih jedinica, proračun i proračunski proces. U konačnici se može reći da je Republika Hrvatska teritorijalno mala zemlja s (pre)velikim brojem lokalnih jedinica.⁸⁵ Tako definirana struktura pridonosi gomilanju administracije na svim razinama vlasti te neodgovarajuću raspodjelu funkcija i odgovornosti. Nažalost, situacija je otežana osnivanjem područja posebne državne skrbi⁸⁶ kao i ekonomsko nejednakim razvojem određenih regija.⁸⁷

8. JE LI HRVATSKOJ POTREBIT INSTITUT STEČAJA LOKALNE SAMOUPRAVE?

Smatramo da razlike u pojedinim dijelovima prikazanih sustava lokalne samouprave pokazuju kako njihova organizacija ovisi više o brojnim i raznolikim osobitostima svake pojedine države, a manje o mogućim općim objektivnim pravilima. Štoviše, iako postoje određene sličnosti, pa čak i neke podudarnosti između američkoga i mađarskoga modela stečaja lokalne samouprave, njihova raznolikost pokazuje da objektivna pravila za ustroj sustava stečaja lokalne samouprave, koja bi vrijedila za sve države, vjerojatno ne mogu ni postojati. Takva je teza opravdana i ako se razmotre i preporuke Vijeća Europe koje naznačuju

83 Detaljnije ANTIĆ, Teodor, Centralna uprava i lokalna samouprava Hrvatskoj, u Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj, Radovi s konferencije, Zagreb 14.–15. studenog 2002., Katarina Ott, Anto Bajo i Mihaela Pitarević (ur.), str. 80., *et seq.*

84 V. Uskladenost hrvatskoga zakonodavnog ... *cit.*

85 OTT, Katarina; BAJO, Anto, Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj, Uvodni rad za Zbornik radova Foruma o fiskalnoj decentralizaciji, ... *cit.*, str. 20.

86 Zakon o područjima posebne državne skrbi, NN, br. 86/08, 57/11. Detaljnije PULJIZ, Jakša, Kako potaknuti ravnomjerniji regionalni razvoj u Hrvatskoj, u: Forumi o regionalizaciji i održivom življenju, Zbornik radova i izbor iz diskusije, Fondacija Heinrich Boll, Zagreb, 2007., str. 63. *et seq.*

87 Zakon o regionalnom razvoju Republike Hrvatske, NN, br. 153/09. Detaljnije ŠIMUNOVIĆ, Ivo, Regionalizacija – hrvatska lutanja, u: Forumi o regionalizaciji ... *cit.*, str. 23., *et seq.*

potrebu za regulativom stečaja lokalnih jedinica, ali i ne preporučeni model koji se treba uvesti u pozitivno pravo.⁸⁸

Uspoređujući prikupljene podatke o sustavima lokalne samouprave u navedenim europskim državama s podacima o hrvatskom sustavu lokalne samouprave može se uočiti kako naš sustav, načelno, ni u čemu ne odskaače od prikazanih sustava.⁸⁹ Tu činjenicu treba imati u vidu kada će se donositi odluka o tomu treba li u Hrvatskoj popravljati postojeći ili je potrebno stvarati novi sustav lokalne samouprave te treba li uvesti institut stečaja lokalne samouprave.⁹⁰

Prvi korak o kojem se treba razmisliti je kako izbjeći bankrot lokalnih jedinica, odnosno kako izbjeći probleme koji dovode do insolventnosti lokalne jedinice. Budući da autor nije radio u lokalnim jedinicama niti bio u tijelima upravljanja istih, to ostavljamo kompetentnijim pojedincima. Ipak treba istaknuti, u slučaju da lokalna jedinica nije u stanju identificirati, jasnim ekonomskim kategorijama ključne prednosti, mogu izroniti ozbiljni problemi. Promatrajući komparativna iskustava problemi su dvostruki. Najčešće su znatni financijski izdaci koje lokalni proračun nije u stanju apsorbirati ili pokriti. Takav model, u obliku investicijski loših projekcija dogodio se *Orange Countyu* 1994. godine. Drugi problem može izroniti ako lokalna jedinica djeluje u deficitu dostatno dugo da potroši sva raspoloživa sredstva, a problem deficita nije bio riješen povećanim porezima niti smanjenjem rashoda, što bi potencijalno moglo spriječiti nastupanje insolventnosti. Primjer je *City of Vallejo*.⁹¹ Općenito govoreći, u prvom slučaju financijski problem koji je izronio iz ogromnog financijskog šoka može se razriješiti refinanciranjem dugova kroz sporazum s vjerovnicima u određenom vremenskom razdoblju. Stoga pokretanjem postupka reorganizacijskog stečaja, dužniku se daje svojevrsni prostor za disanje tijekom kojeg je u mogućnosti zadržati kontrolu nad svojim poslovanjem, zadržavajući pritom pravo na temeljnu procesno-pravnu posljedicu, prekid parničnih, ovršnih postupaka i postupaka osiguranja. Ipak stečaj bi se trebao izbjeći pokušajem preventivnog postizanja sporazuma s vjerovnicima. U prilog tomu govori i činjenica da stečaj stvara znatne troškove, slijedom čega će i potraživanja vjerovnika biti smanjena (filozofija *stick behind the door*). Naime, složenost postupaka stečaja lokalnih jedinica te omjer naplate potraživanja i troškova stečajnog postupka mogu se ocijeniti važnom preprekom pokretanja takve vrste postupka. U drugom slučaju,

88 Preporuka Rec(2004)1 Vijeća Europe država članicama o financijskom i proračunskom upravljanju na lokalnom i regionalnom nivou i Preporuka Rec(2004)1 Vijeća Europe država članicama o financijskim izvorima lokalnih i regionalnih razina (*Recommendation Rec(2004)1 of the Committee of Ministers to member states on financial and budgetary management at local and regional levels i Recommendation Rec(2005)1 of the Committee of Ministers to member states on the financial resources of local and regional authorities*).

89 Detaljnije DAMJANOVIĆ, Mijat, (ur.), Usporedna iskustva lokalnih samouprava, Magna Agenda, Beograd, 2002., str. 15., *et seq.*

90 Pogledati BRATIĆ, Vjekoslav, Lokalna samouprava u središnjoj i istočnoj Europi: snažan, neovisan instrument upravljanja na lokalnoj razini ili tigar od papira?, *Financijska teorija i praksa*, vol. 32, 2008, no. 2, str. 139., *et seq.*

91 In Re City of Vallejo 403 B.R. 72 (51 Bankr. Ct. Dec 2009).

rezovi u rashodima prijeko su potrebiti. Ipak stečajna zaštita može biti potrebita radi izbjegavanja ugovornih sankcija zbog kršenja načela *pacta sunt servanda*.

Za sada, prvenstveno iz ekonomske analize pozitivnog stečajnog zakonodavstva, slobodno možemo reći da su stečajna zakonodavstva na europskoj razini, u koje spada i hrvatsko, u načelu usuglašena, budući da se radi o tehnici koja se provodi unutar tržišta koje djeluju u sve ujednačenijim tržišnim uvjetima. Rješenja koja nudi SZ su suvremena i, već od 1997. godine, demonstriraju želju da se uvede tržišna logika u razrješavanju dužničko-vjerovničkih odnosa u stečajnom postupku. Stečajni postupak osigurava da vjerovnici namire svoja potraživanja u slučaju da poduzeće nije u stanju izmiriti svoje dospjele obveze. Učinkovit sustav stečajnog postupka osigurava da se insolventna poduzeća brzo ugase i da se kapital prebaci na zdrava. Ipak, promatrajući stečaj lokalne samouprave iz takve perspektive ne bi bilo zadovoljavajuće. Ugovori o radu bi se u tom slučaju raskinuli, vršenje javnih usluga bi bilo onemogućeno i ideja o lokalnoj zajednici bi bila narušena, prvenstveno ekonomski, ali i socijalno.

Naime, kada je lokalna jedinica određena kao insolventna, sama priroda postupka stečaja lokalnih jedinica, naspram klasičnog stečajnog postupka, znatno je ograničena. Klasični likvidacijski stečajni postupak provodi se radi skupnoga namirenja vjerovnika stečajnoga dužnika, unovčenjem njegove imovine i podjelom prikupljenih sredstava vjerovnicima. Kada se radi o dužniku koji je određen kao „lokalna jedinca“ prioritet je dan kontinuiranom obavljanju javnih poslova. Konkretno takav model stečajnog postupka onemogućava prodaju imovine lokalne jedinice, te ograničava vjerovnikovo pravo da se namiruje iz dužnikovih redovnih prihoda.⁹² Stoga polazeći od činjenice da je ključno održati djelovanje javnih usluga lokalnih jedinica, svaki potencijalni model stečaja lokalne samouprave treba omogućiti, pa barem ne sprječavati, kao cilj provođenja reorganizacije dužnika. Pozitivno-pravni cilj SZ-a, iako ne izravan (SZ, čl. 2. st. 1.), je takav da *ex post* omogućava vraćanje imovine i resursa u produktivnu uporabu kroz proces reorganizacije (SZ, čl. 2. st. 2.). Takva logika primjenjiva je na stečaj lokalne samouprave. Stoga pokretanje postupka reorganizacije, dužniku se daje svojevrсни „prostor za disanje“ tijekom kojeg je u mogućnosti zadržati kontrolu nad svojim poslovanjem zadržavajući pritom pravo na temeljnu procesno-pravnu posljedicu, prekid parničnih, ovršnih postupaka i postupaka osiguranja. Tijekom toga razdoblja dužnik, izrađuje plan otplate duga koji bi trebao biti odobren, bilo od suda ili određenog broja vjerovnika. Plan nerijetko uključuje mjere: a) u kojem se dijelu njihove tražbine smanjuju, b) na koje vrijeme se odgađa njihovo namirenje, c) kako se osiguravaju itd. Vidimo da sama reorganizacija dugova kroz postupak stečaja nije nepraktična stvar. Struktura dugovanja, koja je kompleksna iz računovodstveno-knjigovodstvene perspektive,⁹³ nije ništa kompleksnija naspram prirode dugova koju je imalo bilo koja korporacija

92 ELLISON, Kenneth W., The recent revision of the Federal Municipal Bankruptcy Statute: A Potential reprieve for Insolvent Cities?, Harvard Journal on Legislation, vol. 13, 1975-1976, str. 549.

93 Detaljnije o vrstama dugova lokalnih jedinica MORRISON, Fred L., *op. cit.*, str. 569., *et seq.*

u stečaja, primjerice Enron.⁹⁴ Ipak mogućnost lokalnih jedinica da predlože plan otplate duga u dobroj vjeri koji je pravičan i ekonomski održiv, nikada nije doveden u pitanje što je potvrđeno američkom judikaturom. Stoga idejni uspjeh reorganizacijskog procesa leži u činjenici da *ex ante* uređen zakonodavni model stečaja lokalnih jedinica daje poticaj, i dužnicima i vjerovnicima, uvažavajući njihove različite interese, da postignu sporazum o restrukturiranju duga. Vrlo je vjerojatno, da se uslijed nemogućnosti naplate dospjelih tražbina, može očekivati suradnja vjerovnika koji su već otpisali mnoga od tih potraživanja, odnosno koji imaju niske očekivane vrijednosti tih potraživanja. Usvajanje plana reorganizacije ima karakter svojevrsnog poravnanja između vjerovnika i dužnika, novaciju potraživanja. Stečaj se time formalno pravno završava, a subjekt nastavlja normalno raditi. U biti, prestanak stečajnog postupka ovdje je uvjetovan: ako se plan otplate duga ne ostvaruje, ponovo će nastati situacija koja vodi u bankrot lokalne jedinice. S druge strane, *ex ante* uređeni pravni okvir za provedbu stečajnog postupka utječe i na smanjenje kamatnih stopa i olakšava dostupnost kredita za financiranje razvoja. U krajnjoj liniji zemlje s boljom i učinkovitijom zaštitom vjerovnika, kao i bržim i efikasnijim stečajnim postupkom imaju veću razinu investicija i rast produktivnosti. Kao rezultat takve logike većina korporativnih restrukturiranja pravovremena su i dobrovoljna.⁹⁵ Stoga u osnovama učinkovitog reorganiziranja leži sloboda ugovaranja čime se maksimalizira vrijednost same imovine.⁹⁶ U tom smislu, doktrina je utvrdila da je osnovni cilj potencijalnog stečaja lokalnih jedinica stvaranje sustava koji: 1) osigurava učinkovit sustav kolektivnog namirenja; 2) maksimalizira vrijednost imovinske mase dužnika; 3) uspostavlja ravnotežu između likvidacijskog i sanacijskog stečaja; 4) stvara poticaje za pravovremeno korištenje stečaja; 5) osigurava jednak tretman i ravnopravnost vjerovnika; 6) stvara transparentno i predvidljivo gospodarsko okruženje i 7) omogućuje učinkovit postupak s jasnim rokovima i pravnim posljedicama, u krajnjoj liniji dovoljno jasan da svakom urednom i savjesnom dužniku omogući da i u dogovoru s vjerovnikom osmisli rješenje svojih pretendiranih prava.

Ipak, to još ne daje potpuni odgovor na pitanje zašto uključiti stečaj lokalne samouprave u pozitivno pravo okružje. U vrijeme financijske krize koja nije zaobišla niti najrazvijenije zemlje svijeta, anegdotski dokazi upućuju da je financijska neodrživost lokalnih jedinica sve rašireniji fenomen pogotovo u zemljama kao što su Hrvatska, gdje je i središnja vlast financijski oslabljena. To ukazuje da bi *ex ante* regulaciju zaduživanja trebala pratiti *ex post* regulacija rješavanja nemogućnosti plaćanja dugova po dospijecu. Bez *ex post* stečajne regulative, *ex ante* regulacija

94 Zanimljiv je članak JICKLING, Mark, The Enron Collapse: An Overview of Financial Issues, Congressional Research Service Report for Congress, vol. 4, 2002.

95 SCARBERRY, Mark S., *et al.*, Business Reorganization in Bankruptcy, 1996., str. 839.

96 BRADLEY, Michael, ROSENZWEIG, Michael, The Untenable Case for Chapter 11, Yale Law Journal, vol. 101, 1992, no. 1. str. 1043, 1076, 1078. Naravno, i u ovoj domeni im puno nedorečenosti. Detaljnije SCHWARCZ, Steven L., Rethinking Freedom of Contract: A Bankruptcy Paradigm, Texas Law Review, vol. 77, 1999, no. 1, str. 515, 542.

se može pretvoriti u pretjeranu administrativnu kontrolu i nerijetko institucionalno ucjenjivanje između viših i nižih vlasti. Postojanje predmetnog instituta izravan je poticaj za postizanja dobrovoljnih sporazuma između lokalne jedinice i vjerovnike, u želji da se izbjegne stečaj. Neizravne posljedice bi se reflektirale kroz racionalnije zaduživanje u skladu sa stvarnim, javnim, potrebama lokalnih jedinica. U konačnici usklađujući interese svih sudionika i stvarajući predvidljivu regulativu za alokaciju rizika predstavlja cilj sanacijskog stečajnog postupka budući da dužnik i potencijalni vjerovnici u protivnom trpe negativne ekonomske posljedice. Stoga, u slučaju da se uvede procedura stečaja lokalnih jedinica i politički pritisak za *ad hoc* intervencijama se smanjuje jer lokalni čelnici znaju da nemogućnost vraćanja dugova po dospijeću pretpostavlja značajne proračunske rezove. Osim navedenih mikroekonomskih ciljeva uvođenje takve regulative uključuje, po shvaćanjima doktrine, i neke makroekonomske posljedice. Tako učinkovit stečajni sustav omogućava bolje upravljanje financijskim rizicima tako da se minimaliziraju sistemski rizici u bankarskom sektoru čime se u konačnici stvara financijska stabilnost. U osnovi, omogućio bi se učinkovitiji pristup kreditnom tržištu. S obzirom na to da je svrha zakona stvaranje primjerenog pravnog okvira za vraćanje imovine i resursa u produktivnu uporabu kroz opstanak lokalnih jedinica putem postupka reorganizacije, i kako uređeni pravni okvir za provedbu stečajnog postupka utječe i na smanjenje kamatnih stopa i olakšava dostupnost kredita za financiranje razvoja, takav bi zakon pozitivno utjecao i na tržišnu konkurentnost.

9. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Kako su argumenti *in favorem* centralizacije jači u zemljama u razvoju, nego li u razvijenim zemljama, mnoge potrebne reforme će zahtijevati sveobuhvatne promjene, što u sveukupnoj slici čini reforme i politički teškim procesom. Neminovno je da globalizacija zahtijeva da se politički i pravni sustavi neodložno moderniziraju, zbog prihvaćanja i usvajanja važnih globalno-organizacijskih tendencija demokratizacije, i zbog posljedice inicijalnih tranzicijskih modeliranja, traganja i otkrivanja optimalnih organizacijskih rješenja.⁹⁷ U konačnici je nužno da primjeren pravni mehanizam bude dostupan lokalnim jedinicama koje se nađu u situaciji da ne mogu podmirivati dospjele obveze.

Financijska kriza grada Slavenskog Broda podigla je i znanstveni interes o stečaju lokalnih jedinica. Kako mnoge lokalne jedinice (primjerice grad Opatija)⁹⁸ imaju deficite i probleme s plaćanjem dospjelih dugovanja, potrebno je iznaći rješenje takvih problema, a jedan put može biti institut stečaja lokalnih jedinica. Promatrajući iz ekonomsko-pravne perspektive, a u želji održavanja rasta lokalnih

97 Takva iskustva slijede susjedne zemlje. Detaljnije DAMJANOVIĆ, Mijat, (ur.), *op. cit.*, str. 15. *et seq.*

98 Ove podatke smo uspjeli nabaviti isključivo iz medija, budući da na naše pozive predstavnici lokalnih jedinica nisu odgovarali.

jedinica, tržište zahtijeva transparentan okvir, raspodjele, gubitaka i rizika, u slučaju da lokalna jedinica ne može podmiriti svoje dospjele obveze. S jedne strane, jedna od najvažnijih, ne pravih, posljedica stvaranje je motivacije potencijalnih stranaka da djeluju preventivno i spriječe podnošenje prijedloga za stečaj postizanjem izvansudskih sporazuma o reguliranju duga. Iako je izrazito teško mjeriti uspješnost takvih sporazuma, uslijed njihove povjerljive prirode, indicijarna metoda utvrđivanja činjenica ukazuje da je velik broj lokalnih jedinica, postizanjem izvansudskih sporazuma izbjegao stečaj.⁹⁹ S druge strane, u slučaju da se pokrene stečaj lokalnih jedinica, cilj financijskog restrukturiranja je održati djelovanje javnih usluga. Dok SAD i Mađarska načelno dijele ovako široke ciljeve, politički, ekonomski, povijesni i pravni kontekst će rezultirati u motivaciji zakonodavca da se odluči za varijaciju modela stečaja lokalnih jedinica. Ipak, sumnje ne smije biti budući da je autor predstavio samo jednu alternativu koja će otvoriti mnoga pravna pitanja.¹⁰⁰ Svjesni ograničenja, instituta i procedure stečaja, pa potencijalno i stečaja nad lokalnim jedinicama, u kojoj mjeri će se potencijalno i ostvariti, ovisit će o poboljšanju niza ekonomskih, pravnih, ali i političkih čimbenika. Stoga iako smatram da je jako važno da, i ako, se uvede stečaj lokalnih jedinica, bez obzira ne njegovu učinkovitost, on čini malo ili ništa u otklanjanju uzroka insolventnosti lokalnih jedinica.¹⁰¹

99 Ovo nam ukazuju i iskustva Mađarske. Detaljnije JÓKAY, Charles; SZEPESI, Gábor i SZMETANA, György, *op. cit.*, str. 16.

100 Za alternative, OMER, Kimhi, *Reviving Cities: Legal Remedies to Municipal Financial Crises*, Boston University Law Review, vol. 88, 2008, no. 1, str. 633.

101 Vidi PAULUS, Christoph G., *Some Thoughts on An Insolvency Procedure for Countries*, The American Journal of Comparative Law, vol. 50, 2002, no. 3, str. 531. *et seq.*

Summary

LEGISLATIVE REGULATION GOVERNING BANKRUPTCY OF THE UNITS OF LOCAL SELF-GOVERNMENT - *COMPARATIVE SOLUTIONS AND CROATIAN PERSPECTIVE*

Bankruptcy of local units is a phenomenon, which has been a historical as well as a modern event in developed countries (*USA, Chapter 9 of the Bankruptcy Law*) and developing countries also. (*In 1996 Hungary introduced the Municipal Debt Adjustment Act (the Act no. 25); In 1991 Bulgaria enacted the Law on Local Self-Government and Local Administration, the Law no. 77, 17-IX-9, the last amendments were introduced in 1999; South Africa introduced regulations on the same legal issues with the 2001 Law no. 34; Brazil introduced the same Law no. 9496 in 1997, in 2006 Romania enacted bankruptcy provisions concerning the local self-government within the Law on Local Public Finances, no. 273, § 74 and § 75*). Such legal experiences are important for normative consolidation and potential reform and understanding of bankruptcy law as well as local self-government law. Having in mind the institute of municipal bankruptcy from the USA law, the author analyses possible methods according to which the model in question could be incorporated within the Croatian law. First of all, the positive bankruptcy law, at list for now, excludes a possibility to conduct bankruptcy proceedings over the local self-government units (the Bankruptcy Act (hereinafter BA), Official Gazette, no. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06 and 116/10, the Article 3, paragraph 2, phrase 1). It would be more precise to point out that, at least for now, no concrete *ex post* legal solutions have been existing in case of local unit insolvency. Therefore, we should think of the institute of bankruptcy of local self-government as an option due to the fact that states, including Croatia, tend to decentralize services, expenses, taxes and to increase their debts as well. The present article is of the most importance for Croatian legislator bearing in mind that it presents the first overview of models to resolve financial obstacles at the local level. In case if economic resilience of the local unit encounters the unbearable financial difficulties, the bankruptcy could be, although the least wanted, an option. The author in nutshell gives an explanation for key characteristics and variations of the model of local self-government bankruptcy in SAD and Hungary. As it is the case with bankruptcy of legal persons, the philosophy of local self-government bankruptcy starts from the assumption of economic preconditions to distribute risks, and consequently, this creates a possibility for restructuration and financial adjustment. Nevertheless, there is a certain specificity in legislator's ambition to mitigate tensions between the legitimate rights of creditors and the need to maintain important, public services and to strengthen *ex ante* fiscal position of local self-government. Due to the extent of discussed issues, the article presents a possibility to tackle some certain issues regarding the decentralization and to offer an overview of numerous issues arising from the bankruptcy of local self-government. The author gives his best efforts to

emphasise, trying to immediately make it clear for the reader even in this overview, the critical need to also analyse other options in post-transitional countries, which should explore and present in systematic and impartial manner the alternatives for insolvent local units and unsuccessful decentralisation.

Key words: *decentralisation, local self-government, insolvency, bankruptcy.*

Zusammenfassung

GESETZESREGULIERUNG DES KONKURSES ÜBER DIE EINHEITEN DER LOKALEN SELBSTVERWALTUNG - RECHTSVERGLEICHENDE BESCHLÜSSE UND DEREN PERSPEKTIVE IN KROATIEN-

Konkurs von lokalen Einheiten ist ein Phänomen, das sowohl historische als auch moderne Ereignisse in entwickelten Ländern (*die USA, Kapitel 9 des Konkursgesetzbuches*) aber auch in Entwicklungsländern zeigt (*Ungarn hat im Jahr 1996 das Gesetz über Schuldenanpassung der lokalen Einheiten eingeführt (Gesetz, Nr. 25); Bulgarien hat das Gesetz Nr. 77,17-IX-9 im Gesetz über die lokale Selbstverwaltung im Jahr 1991 eingeführt, wobei die letzten Änderungen im Jahr 1999 gemacht wurden; Südafrika hat dasselbe mit Gesetz Nr.34 aus dem Jahr 2001 eingeführt; Brasilien hat dasselbe mit Gesetz Nr. 9496 im Jahr 1997 eingeführt; Rumänien hat dasselbe mit Gesetz 273 über lokale Finanzen aus dem Jahr 2006, Art. 74 und 75*). Solche Erfahrungen sind für normative Konsolidierung sowie für potenzielle Reform und Auffassung des sowohl Konkursrechtes als auch des Rechtes auf lokale Selbstverwaltung notwendig. In der Arbeit analysiert der Autor, motiviert von Regelungen aus dem Recht der USA, welches das Institut des Konkurses von lokaler Selbstverwaltung vorsieht, die Art, auf die man solches Modell in das kroatische Recht inkorporieren kann. Positives Konkursrecht schließt zur Zeit, nämlich, die Möglichkeit des Konkursverfahrens über die Einheiten der lokalen Selbstverwaltung aus (Konkursgesetz (im weiteren Text: KG), Amtsblatt der Republik Kroatien Nr. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06 und 116/10, Artikel 3 Absatz 2 Satz 1). Präziser wäre es, zu betonen, dass es zur Zeit keine konkrete *ex post* Rechtsbeschlüsse im Falle des Konkurses von lokalen Einheiten gibt. Aus diesem Grund sollte man das Institut des Konkurses von lokaler Selbstverwaltung wie eine Wahlmöglichkeit betrachten, da die Staaten, darunter auch Kroatien, zur Dezentralisierung von Leistungen, Aufwendungen, Steuern aber auch von größeren Verschuldung neigen. Die Arbeit ist sehr wichtig für den kroatischen Gesetzgeber, weil sie die erste rechtsvergleichende Schilderung des Modells für die Auflösung finanzieller Schwierigkeiten auf einem lokalen Niveau darstellt. Falls die

wirtschaftliche Beständigkeit der lokalen Einheit mit unüberbrückbaren finanziellen Problemen konfrontiert wird, kann der Konkurs, obwohl nicht wünschenswert, eine Wahlmöglichkeit sein. Der Autor erklärt kurz die Hauptkennzeichen und Variationen des Modells für den Konkurs der lokalen Selbstverwaltung in den USA und Ungarn. Gleich wie im Falle des Konkurses von Rechtspersonen geht die Philosophie des Konkurses von lokaler Selbstverwaltung aus wirtschaftlichen Vermutungen der Risikoverteilung hervor, wobei sie der Restrukturierung und finanziellen Anpassung Raum gibt. Jedoch stellt die Neigung des Gesetzgebers zur Spannungsmilderung zwischen den legitimen Gläubigersrechten und dem Bedürfnis zur Aufrechterhaltung von wichtigen öffentlichen Leistungen und zur Kräftigung der *ex ante* fiskalischen Position von lokaler Selbstverwaltung eine Besonderheit dar. Infolge des Umfangs von Problematik kann die Arbeit nur an bestimmte Fragen der Dezentalisierungsproblematik herangehen und nur eine Schilderung von einer Reihe der Fragen über den Konkurs der lokalen Selbstverwaltung darbieten. Das, was der Autor betonen möchte oder das, was auch in so einer Besprechung gleich ins Auge fallen sollte, ist das starke Bedürfnis nach Betrachtung von anderen Wahlmöglichkeiten in den Ländern der Post-Transitionsphase, welches die Alternative für insolvente lokale Einheiten und unerfolgreiche Dezentralisierung systematisch und objektiv untersuchen und darlegen wird.

Schlüsselwörter: *Dezentralisierung, lokale Selbstverwaltung, Insolvenz, Konkurs.*

Riassunto

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEL FALLIMENTO DEGLI ENTI DI AMMINISTRAZIONE LOCALE: SOLUZIONI COMPARATE E PROSPETTIVA CROATA

Il fallimento degli enti locali è un rilevatore, tanto storico quanto moderno, degli avvenimenti nei paesi sviluppati (*USA, capo 9 del codice fallimentare*), come pure in quelli in via di sviluppo (*l'Ungheria l'ha introdotto nel 1996 con la legge sull'adattamento del debito degli enti locali (legge n. 25); la Bulgaria l'ha introdotto nel 1991 con la legge di gestione dell'amministrazione locale, legge n. 77,17-IX-9, con le ultime modifiche datate al 1999; il Sudafrica l'ha introdotto con la legge n. 34 del 2001; il Brasile con la legge n. 9496 nel 1997 e la Romania con la legge sulle finanze locali n. 273 del 2006, par. 74 e 75*). Siffatte esperienze sono importanti ai fini del consolidamento normativo e della potenziale riforma e comprensione sia del diritto fallimentare che del diritto dell'amministrazione locale. L'autore nel contributo, mosso dalla disciplina dettata in materia dal diritto nordamericano, la quale prevede l'istituto del fallimento dell'amministrazione locale, analizza come si

potrebbe incorporare questo modello nel diritto croato. Invero, il diritto fallimentare vigente, per il momento esclude l'ipotesi di fallimento degli enti di amministrazione locale (legge fallimentare, NN, n. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06 i 116/10, art. 3, co. 2 per. 1). Più precisamente, per ora, non è previsto alcun rimedio concreto, nemmeno *ex post*, nel caso in cui l'ente locale sia insolvente. Per questa ragione bisogna pensare all'istituto del fallimento dell'amministrazione locale quale futura opzione, posto che gli stati, e così anche la Croazia, tendono alla decentralizzazione dei servizi, costi, tributi, come anche ad un aumentato indebitamento. In qualità di prima rassegna comparata dei modelli di risoluzione delle difficoltà finanziarie sul piano dell'amministrazione locale, questo contributo è di particolare importanza per il legislatore croato. Precisamente, qualora l'amministrazione locale dovesse versare in una situazione finanziaria insostenibile, il fallimento può rappresentare una soluzione, sebbene la meno desiderata. L'autore brevemente illustra le caratteristiche fondamentali delle variazioni dei modelli di fallimento dell'amministrazione pubblica negli Stati Uniti ed in Ungheria. Alla stregua di quanto avviene nel caso di fallimento delle persone giuridiche, l'idea del fallimento dell'amministrazione locale parte dai presupposti economici della ripartizione del rischio, dando spazio alla ristrutturazione ed all'adeguamento finanziario. Tuttavia, peculiare è la tendenza del legislatore a mitigare le tensioni tra i creditori di pretese legittime e le necessità di mantenimento dei servizi pubblici fondamentali e a rafforzare *ex ante* la posizione fiscale dell'amministrazione locale. Considerata l'ampiezza del problema, il contributo è in grado di esaminare soltanto alcune questioni, quali il problema della decentralizzazione, e di passare in rassegna alcune questioni riguardanti il fallimento dell'amministrazione locale. Ciò che all'autore preme porre in rilievo, e che deve saltare subito agli occhi, nel presente lavoro è la necessità di una riflessione critica su altri possibili modelli nei paesi *post* transizione, che saranno studiati ed illustrati con metodo sistematico e imparziale, al fine di individuare un'alternativa all'insolvenza dell'amministrazione locale e dell'insuccesso della decentralizzazione.

Parole chiave: decentralizzazione, amministrazione locale, insolvenza, fallimento.

ODGOVORNOST ZA ŠTETU ZBOG NEZAKONITOG ILI NEPRAVILNOG RADA SUDACA

mr. sc. Jadranko Jug, sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 347.962.6
Ur.: 19. siječnja 2012.
Pr.: 12. ožujka 2012.
Stručni rad

Sažetak

U radu se obrađuje posebna vrsta odgovornosti Republike Hrvatske za nezakonit ili nepravilan rad sudaca. Osim općih i posebnih pretpostavki odgovornosti za štetu, kod ove posebne vrste odgovornosti mora se raditi i o nezakonitom ili nepravilnom radu suca, a odgovornost Republike Hrvatske je primarna i isključiva. Stoga je osnovni problem utvrđenje nezakonitog ili nepravilnog rada suca u svakom konkretnom slučaju, a dosadašnja sudska praksa prihvaćala je subjektivni kriterij odgovornosti, odnosno krivnja je bila jedna od pretpostavki odgovornosti za štetu. Iako postoje stajališta da se kod ove posebne vrste odgovornosti odgovara po objektivnom kriteriju, zauzimanje pravnog stajališta te primjena procesnog ili materijalnog prava u konkretnom postupku nikako se ne može podvesti pod nezakonit i nepravilni rad.

Ključne riječi: *nezakonit ili nepravilan rad sudaca, odgovornost za štetu, pravno stajalište ili mišljenje*

1. UVOD

Osnove izvanugovorne odgovornosti za štetu općenito su navedene u Zakonu o obveznim odnosima (dalje ZOO),¹ pri čemu ZOO ne nabraja opće pretpostavke odgovornosti za štetu, već navodi da se za štetu odgovara po principu presumirane krivnje, da se presumira obična nepažnja, te da se za štetu od opasne stvari ili djelatnosti te u drugim slučajevima predviđenim zakonom odgovara bez obzira na krivnju.² U pravnoj teoriji nesporno je da su opseg i pretpostavke odgovornosti za štetu, štetna radnja štetnika, šteta, uzročna veza, protupravnost te postojanje subjekata obveznopravnog odnosa odgovornosti za štetu, a to su oštećenik, štetnik

1 Narodne novine, broj 35/05 i 41/08.

2 V. čl. 1045. ZOO.

i odgovorna osoba.³ Ukoliko se radi o odgovornosti na osnovi krivnje, traži se postojanje krivnje koja se dijeli na namjeru i nepažnju.⁴

Kod obavljanja profesionalne djelatnosti, odnosno o ispunjavanju obveza koje proizlaze iz profesionalnog obavljanja određenog posla ili dužnosti, ZOO u osnovnim načelima određuje da je sudionik u obveznom odnosu u ispunjavanju svoje profesionalne djelatnosti dužan postupati s povećanom pažnjom prema pravilima struke i običajima.⁵ Radi se zapravo o pažnji dobrog stručnjaka, te se od osoba koje obavljaju neku profesionalnu djelatnost očekuje da u obavljanju takvih poslova postupaju kao stručnjaci. Od onog tko vrši određenu profesionalnu djelatnost očekuje se da u skladu s pravilima određene profesije poznaje i primjenjuje sva pravila i običaje struke, a ta pravila i odgovornost osoba koje obavljaju profesionalnu djelatnost detaljnije se reguliraju u posebnim propisima koji se odnose na konkretnu profesionalnu djelatnost.

Profesionalna odgovornost sudaca za štetu koju bi stranke pretrpjele zbog nezakonitog ili nepravilnog rada sudaca regulirana je u Zakonu o sudovima (dalje ZS).⁶ Radi se o odgovornosti koja je regulirana posebnim zakonom i uglavnom je vrlo slična kao i odgovornost za štetu pričinjenu nezakonitim ili nepravilnim radom tijela državne uprave, tijela jedinica lokalne i područne samouprave te pravnih osoba koje imaju javne ovlasti u povjerenim im poslovima državne uprave.⁷ Kod ovakve posebne odgovornosti za štetu radi se o dva interesa koja se posebno štite ovim posebnim propisom, a to su prava stranaka na naknadu štete u slučajevima nezakonitog ili nepravilnog rada sudaca u obnašanju dužnosti. S druge strane radi se o zaštiti sudaca od izravnih ili neopravdanih zahtjeva za naknadu štete i prava na pravno mišljenje i pravno stajalište u postupku za koje ne mogu odgovarati.

Pitanja koja se postavljaju u svezi s ovom posebnom vrstom odštetne odgovornosti odnose se na određivanje nezakonitog, odnosno nepravilnog rada sudaca kao i na razgraničenje takvog postupanja u odnosu na zauzeto pravno stajalište i primjenu materijalnog prava u postupku. Također se postavlja pitanje vrste odgovornosti RH, odnosno odgovara li RH po principu krivnje ili se radi o objektivnoj odgovornosti. To su samo neka od pitanja koja se nameću u svezi s

3 Štetnik i odgovorna osoba ne moraju uvijek biti u istoj osobi, kao što je slučaj kod odgovornosti za drugog. Najčešći slučajevi odgovornosti za drugog su slučajevi roditeljskog, skrbničkog odnosa te odnosa iz ugovora o osiguranju i o radu (v. čl. 1055.-1062. ZOO).

4 V. čl. 1049. ZOO.

5 V. čl. 10. st. 2. ZOO. Ostali sudionici obveznih odnosa dužni su u ispunjavanju svoje obveze postupati s pažnjom koja se u u pravnom prometu zahtijeva u određenoj vrsti obveznih odnosa (čl. 10. st. 1. ZOO).

6 Narodne novine, broj 150/05, 16/07, 113/08, 153/09, 116/10, 122/10 – pročišćeni tekst, 27/11 i 130/11). U čl. 106. st. 1. ZS-a regulirana je odgovornost Republike Hrvatske (dalje RH) za štetu uslijed nezakonitog ili nepravilnog rada sudaca u obnašanju sudačke dužnosti, dok je u čl. 106. st. 2. ZS-a regulirano pravo regresa RH prema sucima. Posebno je predviđeno pravo regresa prema sucima u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku (čl. 106. st. 3. i 4. ZS).

7 V. čl. 13. Zakona o sustavu državne uprave („Narodne novine“, broj 75/93, 92/96, 48/99, 15/00, 127/00, 59/01, 190/03, 199/03 i 79/07 – dalje ZSDU).

ovom problematikom. Kod toga će se vrlo često postaviti i pitanje je li neka radnja počinjena u obnašanju dužnosti ili je počinjena izvan obnašanja dužnosti te kao i pitanje postojanja štete i njezine uzročnosti s nezakonitim i nepravilnim radom.

2. VRSTA ODGOVORNOSTI

U čl. 106. st. 1. ZS-a jasno je navedeno da RH odgovara za štetu koju u obnašanju sudačke dužnosti nanese sudac stranci svojim nepravilnim ili nezakonitim radom. Radi se odgovornosti za drugog koja je isključiva i primarna i nema izravne odgovornosti samog štetnika (suca). Ukoliko bi netko iz razloga navedenih u članku 106. st. 1. ZS-a podnio tužbu protiv suca direktno, takvu tužbu trebalo bi odbiti zbog promašene pasivne legitimacije. Također nema mogućnosti solidarne odgovornosti prema kojoj bi uz RH odgovarao sudac kao štetnik.

Autor smatra da je takvo rješenje predviđeno upravo radi zaštite sudaca od direktnih ili neosnovanih tužbi radi naknade štete koje bi utjecale na njihov rad i postupanje u obnašanju njihove dužnosti.⁸ Zakonodavac se rukovodio interesima zaštite stranaka od nezakonitog ili nepravilnog rada sudaca, ali istodobno i interesom nesmetanog obavljanja sudačke dužnosti i zaštite sudaca od mogućnosti izravnih, učestalih ili neopravdanih tužbi radi naknade štete koje bi se odnosile na njihov rad i postupanje u okviru obnašanja dužnosti.

U praksi se ipak događalo da je određena stranka koja je izgubila parnicu, nakon pravomoćnosti odluke u takvom postupku pokretala novi parnični postupak direktno protiv suca kao fizičke osobe, smatrajući ga odgovornim za nepravilan i nezakoniti rad i tražeći naknadu štete. Takva je tužba, naravno, bila neosnovana i radi se o promašenoj pasivnoj legitimaciji upravo s obzirom na odredbu čl. 106. st. 1. ZS, ali je dovodila u određenu neugodnu i nepovoljnu situaciju konkretnoga suca koji je bio izložen potpuno neosnovanoj tužbi. Često se radilo o osobama koje nisu imale imovine i nije bilo moguće od njih naplatiti eventualne troškove koje bi sudac imao u takvom postupku, a sudovi su primjerice tražili plaćanje pristojbe na odgovor na tužbu i sl. Dakle, odgovornost RH iz čl. 106. st. 1. ZS-a je posebna odgovornost predviđena posebnim propisom i radi se o isključivoj odgovornosti za drugog.

U dosadašnjoj sudskoj praksi koja je razmatrala pitanje nezakonitog i nepravilnog rada, zauzimalo se stajalište da u slučaju nezakonitog i nepravilnog rada mora postojati i volja ili pristanak da se takvim postupanjem oštete prava ili interesi stranke. Takva sudska praksa odnosila se na rad tijela državne uprave i sudova, odnosno sudaca.⁹ S obzirom na takav stav koji se u bitnom svodio na tumačenje

8 U članku 1061. ZOO-a regulirana je odgovornost poslodavca za štetu koju zaposlenik u radu ili u svezi s radom prouzroči trećoj osobi te je u stavku 2. predviđeno da oštećenik može neposredno od zaposlenika zahtijevati popravljavanje štete ako je šteta počinjena namjerno.

9 V. npr. odluke Vrhovnog suda RH: Rev-2320/1997, Rev-927/95, Rev-186/2004, Rev-713/1998, Rev-204/1997, Rev-683/2006.

da određeno propuštanje ili postupanje suprotno zakonu, drugom propisu ili općem aktu te određeno činjenje ili nečinjenje suprotno uobičajenom ili propisanom načinu obavljanja djelatnosti, čini nezakonit, odnosno nepravilan rad samo ako postoji uz navedeno i volja ili pristanak da se drugome nanese šteta, može se zaključiti da se prihvaćalo načelo odgovornosti na osnovi krivnje. Volja i pristanak štetnika da se nanese šteta bila je jedna od pretpostavki koja se tumačila zavisno od svih konkretnih okolnosti slučaja. To bi značilo da je u proteklom razdoblju subjektivni odnos štetnika prema nanošenju štete, bilo da se radi o namjeri ili nepažnji, bila jedna od pretpostavki nezakonitog i nepravilnog rada, odnosno da je bilo prihvaćeno načelo subjektivne odgovornosti na osnovi krivnje.

Međutim, Ustavni sud RH zauzeo je drukčije stajalište u obrazloženju svoje jedne odluke¹⁰ gdje je jasno naveo da za javnopravnu odgovornost RH za štetu nije bitno postojanje volje ili pristanka da se nezakonitim ili nepravilnim radom oštete prava i interesi trećeg, odnosno da bez ispunjenja voljnog elementa nema nezakonitog ili nepravilnoga rada tijela državne uprave. Zauzeto je stajalište da se člankom 13. ZSDU-a odgovara po načelu uzročnosti (*causa*), a ne po načelu krivnje (*culpa*). Takvo stajalište Ustavni sud RH opravdava činjenicom da ova primarna i neposredna odgovornost države za štetu zbog nezakonitog ili nepravilnog rada tijela državne i javne uprave poseban je izraz načela vladavine prava, kao jedne od najviših vrednota ustavnog poretka RH.¹¹ Takvo bi se stajalište moglo primijeniti i u odnosu na čl. 106. ZS i u potpunosti mijenja ovu vrstu odgovornosti prema dosadašnjoj sudskoj praksi jer bi se sada radilo o objektivnoj odgovornosti bez obzira na krivnju.

U čl. 1045. st. 1. ZOO-a kao opće načelo za odgovornost naveden je princip odgovornosti na osnovi krivnje, a objektivna odgovornost predviđena je za štetu od opasne stvari ili djelatnosti ili u drugim slučajevima predviđenim zakonom. Jesu li odredbe čl. 106. st. 1. ZS-a i čl. 13. ZSDU-a takve iznimke kada je posebnim zakonom predviđena objektivna odgovornost? Činjenica je da se u članku 106. ZS-a ne navodi da se radi o objektivnoj odgovornosti, pa bi se moglo interpretirati da tada vrijedi opće načelo odgovornosti na osnovi krivnje iz čl. 1045. st. 1. ZOO. S druge strane, Ustavni sud RH tumačeći odredbu čl. 13. ZSDU-a, očigledno je zaključio da se radi o objektivnoj odgovornosti tumačeći cilj i svrhu takve odredbe, a radi zaštite trećih osoba u odnosu na nezakoniti ili nepravilan rad određenih državnih službenika, odnosno tijela državne uprave. Smatramo kako bi daleko bolje rješenje bilo, a izbjegla bi se i tumačenja ovakve situacije, da je zakonodavac jasno naveo o kojoj vrsti odgovornosti se radi, odnosno da je jasno naveo, ako je to mislio, da se radi o objektivnoj odgovornosti.

10 V. odluku Ustavnog suda RH, broj: U-III-2314/2005 od 21. veljače 2007. (Narodne novine, broj 36/07).

11 V. čl. 3. Ustava RH (Narodne novine, broj 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – ispr., 76/10 i 85/10 – proć. tekst).

Može se zaključiti da se izričito ne navodi da se radi o objektivnoj odgovornosti pa bi slijedom toga proizlazilo da je Ustavni sud RH tumačio normu čl. 13. ZSDU-a prema cilju i svrsi takve odredbe, a u pravilu radi zaštite trećih osoba u odnosu na nezakoniti ili nepravilan rad određenih dužnosnika, odnosno tijela državne uprave. U svakom slučaju, tumačenje javno-pravne odgovornosti Republike Hrvatske za nepravilan i nezakoniti rad kao objektivne odgovornosti tek će imati svoj pravi odgovor u budućoj sudskoj praksi koju će sudovi zauzeti u svezi s ovom problematikom.

Dosadašnja sudska praksa nije primjenjivala objektivnu odgovornost, već je nezakoniti i nepravilan rad utvrđivala u onim slučajevima kada se moglo uzeti da postoji volja ili namjera ili pristanak da se određenim postupanjem nanese šteta trećim osobama. Autor smatra da u dosadašnjoj praksi voljni element samog štetnika nije bio presudan, nego se iz svih drugih okolnosti slučaja tumačila određena volja i namjera ili pristanak na nanošenje štete. U budućoj praksi, ukoliko se prihvati da se radi o objektivnoj odgovornosti, ne mora doći do velike promjene jer će i dalje osnovno pitanje biti definiranje i utvrđenje nezakonitog i nepravilnog rada koje će ovisiti o čitavom nizu konkretnih okolnosti, a bez obzira na samo načelo odgovornosti.

3. PRETPOSTAVKE ZA ODGOVORNOST

Da bi se moglo raditi o odgovornosti RH iz čl. 106. st. 1. ZS-a nužno je utvrditi sve opće i posebne pretpostavke za takvu odgovornost. Opće pretpostavke za postojanje odgovornosti za štetu su postojanje subjekata odgovornosti, postojanje štetne radnje, postojanje štete, postojanje uzročne veze između štete i štetne radnje te postojanje protupravnosti.

Kao posebne pretpostavke mogli bi navesti da štetna radnja mora biti počinjena u obnašanju dužnosti suca, da oštećeni mora biti stranka u nekom postupku, da štetnik mora biti sudac te se mora raditi o nepravilnom i nezakonitom radu, kod čega s obzirom na navedenu odluku Ustavnog suda RH ne bi bilo bitno postoji li krivnja štetnika.

3.1. Subjekti odgovornosti za štetu

Kod odgovornosti za nezakonit ili nepravilan rad sudaca u obnašanju njihove dužnosti postoje tri subjekta obveznopravnog odnosa odgovornosti za štetu: odgovorna osoba, štetnik i oštećenik. Bitno je navesti da štetnik uvijek mora biti sudac.¹² Ne može se raditi o nekom drugom državnom službeniku ili namješteniku suda jer se tada ne radi o ovoj posebnoj vrsti odgovornosti.¹³ Odgovorna osoba isključivo

¹² Naravno da to može biti i predsjednik suda koji je ujedno sudac.

¹³ Npr. ako je štetnik viši savjetnik, savjetnik ili državni službenik nema uvjeta za primjenu čl. 106. st. 1. ZS-a, već se radi o odgovornosti za štetu iz čl. 116. st. 2. Zakona o državnim službenicima (Narodne novine, broj 92/05142/06, 77/07, 107/07, 27/08 i 49/11 – dalje ZDS), odnosno čl. 13. ZSDU-a.

je RH i nema odgovornosti štetnika samostalno ili solidarno s RH. Također je kao jedna od strana u obveznopravnom odnosu potrebno postojanje oštećene fizičke ili pravne osobe, ali samo one koja je stranka u nekom postupku.

Raniji Zakon o sudovima¹⁴ određivao je da pravo na naknadu štete koju u obnašanju sudačke dužnosti prouzroči sudac nezakonitim ili nepravilnim radom pripada građaninu ili pravnoj osobi.¹⁵ Stoga je prema ZS/94 aktivna legitimacija za potraživanje naknade štete temeljem ove posebne odštetne odgovornosti bila šira i nije se odnosila samo na osobe koje imaju položaj stranke u postupku što je sada slučaj. Pred sudovima se vode upravni, kazneni, parnični i izvanparnični postupci, te položaj stranke, koja se može pojaviti u tim postupcima, ovisi o postupovnim pravilima koja reguliraju određenu vrstu sudskog postupka.

3.2. Štetna radnja

Druga pretpostavka u odgovornosti za štetu je štetna radnja koja se može sastojati u činjenju ili nečinjenju. U konkretnom slučaju štetna radnja može se sastojati u postupanju suprotno nekom propisu ili postupanju suprotno pravilima struke i propisanom načinu obavljanja djelatnosti ili se može raditi o propuštanju postupanja po propisu ili u skladu s pravilima struke. Dakle, štetna radnja koja je građanski delikt može se sastojati u činjenju ili nečinjenju.

Daljnja pretpostavka, koja je zapravo posebna pretpostavka, odnosi se na činjenicu je li štetna radnja počinjena u obnašanju dužnosti. Ona mora biti vezana uz određeni postupak i djelovanje suca u odnosu na obnašanje njegove dužnosti, a ne smije se raditi o takvoj radnji koja bi bila izvan obnašanja dužnosti. To može ponekad biti faktično pitanje koje zavisi od konkretnih okolnosti slučaja i ne mora biti vezano uz konkretnu odluku suca, već se može odnositi i na pripremne radnje, djelovanje suca izvan suda, ali u svezi i u funkciji određenog postupka, itd. Bitno je da se u odnosu na sve okolnosti može zaključiti da određeno činjenje ili nečinjenje spada u djelokrug ovlasti i nadležnosti suca te je sastavni dio obnašanja njegove dužnosti. Sve one eventualne štetne radnje koje bi počinio sudac kao fizička osoba izvan službe i što nije u svezi s obnašanjem dužnosti, činile bi građanskopravni delikt za koji bi konkretni sudac odgovarao kao i svaka druga fizička osoba po općim propisima o odgovornosti za štetu.

3.3. Šteta

Šteta je daljnja pretpostavka odgovornosti za štetu jer u slučaju nepostojanja iste nema niti odgovornosti za štetu. Šteta može biti umanjeње postojeće imovine oštećenika (obična šteta), sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist) kada se

14 Narodne novine, broj 3/94, 75/95, 100/96, 115/97 – Odluka Ustavnog suda RH, 131/97, 129/00, 67/01, 5/02 – Odluka Ustavnog suda RH, 101/03 – vjerodostojno tumačenje, 117/03 i 141/04 – dalje ZS/94).

15 V. čl. 67. ZS/94.

radi o imovinskoj šteti, a može se raditi i o povredi prava osobnosti kada se radi o neimovinskoj šteti.¹⁶

U praksi se vrlo često od strane oštećenoga koji tvrdi da postoji nezakonitost ili nepravilan rad, nekritički navodi šteta koja uopće ne postoji niti bi mogla nastati po redovnom tijeku stvari. Oštećeni je dužan dokazati visinu štete pa tako primjerice i izgubljenju dobit koja bi po redovnom tijeku stvari nastala. No, vrlo često se u praksi događa kako zapravo nema dokaza da je neka šteta uopće nastala niti se ista može utvrditi na temelju primjerice, ranijeg poslovanja određene pravne osobe. U svim takvim situacijama bitni su nalazi i mišljenja financijskih i drugih vještaka koji se očituju o postojanju i visini štete, a isto tako i o uzročnoj vezi između štete i štetne radnje.

3.4. Uzročna veza

Između štetne radnje i štete mora postojati uzročna veza te oštećeni mora dokazati da bi upravo zbog nezakonitog ili nepravilnog rada sudaca nastupila šteta i da postoji uzročna veza između takvoga činjenja ili nečinjenja te štete. U praksi je također čest slučaj da tužitelji ne mogu dokazati uzročnu vezu, odnosno da ako bi se čak i moglo reći da postoji nepravilan nezakoniti rad te šteta, ne može se zaključiti da je ona u uzročnoj vezi s takvim radom. Šteta može biti posljedica raznih uzroka te je bitno utvrditi pravno odlučujući uzrok. U praksi je prihvaćeno stajalište o adekvatnoj uzročnosti prema kojoj se uzrokom neke štete smatra samo ona okolnost koja po redovnom tijeku stvari dovodi do takve posljedice.

3.5. Protupravnost

Zadnja pretpostavka odgovornosti za štetu prema čl. 106. st. 1. ZS-a je postojanje protupravnosti, odnosno da je sudac svojim djelovanjem ili postupanjem djelovao suprotno nekom propisu. Protupravnost postoji ako se uz sve ostale pretpostavke radi o nezakonitom i nepravilnom radu. Utvrđenje postojanja nezakonitog ili nepravilnog rada, ako se prihvati da postoji objektivna odgovornost, predstavlja osnovni problem u svezi s ovom posebnom odgovornošću za štetu. Naime, utvrđenje nezakonitog ili nepravilnog rada sudaca u pravilu će biti teško razgraničiti od prava sudaca na pravno mišljenje i pravno stajalište u postupku.

¹⁶ V. čl. 19. i 1046. ZOO.

4. NEPRAVILAN I NEZAKONIT RAD SUDACA

Kada bi postojala odgovornost RH prema čl. 106. st. 1. ZS-a sve opće i posebne pretpostavke moraju biti ispunjene kumulativno. Ukoliko nedostaje jedna od pretpostavki, nema odgovornosti RH. Vrlo je teško unaprijed nabrajati moguće situacije nepravilnog ili nezakonitoga rada jer će to često ovisiti o konkretnim okolnostima slučaja.

4.1. Nepravilan rad

Nepravilan rad općenito se definira kao činjenje ili nečinjenje suprotno uobičajenom ili propisanom načinu obavljanja djelatnosti. U odnosu na rad sudaca to bi značilo da postoji bitan otklon od uobičajenog postupanja ili postupanje suprotno usvojenim stajalištima. Nepravilan rad u pravilu može biti povezan s istovremenim nezakonitim radom, odnosno s postupanjem suprotno nekom propisu ili propuštanju primjene propisa. Ukoliko bi tijekom postupka sudac postupao suprotno uobičajenom i propisanom načinu vođenja postupka radilo bi se ujedno i o postupanju suprotno zakonu ili podzakonskom aktu koji propisuje postupovne norme i proceduru postupanja.¹⁷

Nepravilan rad sudaca u sudskom postupku mogao bi biti u svim onim predmetima gdje sudac donosi određenu odluku na zahtjev stranke i gdje zbog propusta, neopravdanih razloga ili nepažnje ne donese odluku ili je donese nakon neopravdano dugog vremena i sl. Takav nepravilan rad može uvijek biti u kombinaciji s nezakonitim radom, kada se radi o postupanju suprotno propisu ili propuštanju da se propis primjeni. Nepravilan rad se stoga može svesti na neopravdano neobavljanje ili neuredno obavljanje sudačke dužnosti,¹⁸ gdje eventualno može doći i do odgovornosti iz čl. 106. st. 1. ZS-a.

U svakom slučaju nepravilan rad također ovisi o nizu konkretnih okolnosti slučaja i nemoguće je taksativno nabrojati glavne situacije kada bi se to moglo dogoditi. Kod nepravilnog rada po samoj definiciji mora se raditi o nekom propustu gdje se u pravilu radi o određenom stupnju krivnje pa dvojba o objektivnoj ili subjektivnoj odgovornosti ovdje nije toliko izražena. Posebno napominjemo da je apsolutno neprimjereno taksativno navoditi kada bi se radilo o nepravilnom radu jer je to faktično pitanje u svakom konkretnom slučaju, zavisno od vrste sudskoga postupka.

17 U parničnom postupku to bi bio Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, broj 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08 i 57/11 – dalje ZPP) i Sudski poslovnik (158/09, 3/11, 34/11, 100/11, 123/11 i 138/11).

18 V. čl. 62. st. 2. toč. 1. Zakona o državnom sudbenom vijeću (Narodne novine, broj 116/10, 57/11 i 130/11 – dalje ZDSV) gdje je kao stegovno djelo propisano neuredno obnašanje sudačke dužnosti.

4.2. Nezakonit rad

Kao što je navedeno, nezakoniti rad definira se kao postupanje suprotno zakonu, drugom propisu ili općem aktu ili propuštanje postupanja u skladu sa zakonom i drugim propisom ili općim aktom. Ne postoji nikakva dvojba da se radi o nezakonitom radu ako do nezakonitog rada suca dođe s voljom i namjerom da se ne primjeni ili pogrešno primjeni propis i da se time trećoj osobi nanese šteta. Kod takvoga postupanja radilo bi se i o kaznenom djelu zlorabe položaja i ovlasti iz čl. 291. Kaznenog zakona¹⁹. Radilo bi se zapravo o slučajevima namjerno počinjenog kaznenog djela i s građansko-pravnog aspekta namjernog postupanja suprotno zakonu.

U svim takvim slučajevima, ako bi postojale sve ostale pretpostavke za odgovornost Republike Hrvatske prema čl. 106. st. 1. ZS-a, ne bi zapravo bilo nikakve dvojbe u svezi s ovom posebnom odgovornosti. Također je sasvim razvidno da bi ujedno postojale i pretpostavke iz čl. 106. st. 2. ZS-a za regresni zahtjev RH prema štetniku. Problem se javlja, pogotovo nakon navedene odluke Ustavnog suda RH,²⁰ kako definirati „nezakoniti rad“ koji se sastoji u pogrešnom pravnom stajalištu ili pravnom mišljenju unutar postupka ili odluke koju donosi sudac. Smatramo da s obzirom na nadležnosti i položaj sudaca u građanskom, upravnom ili kaznenom postupku, u pravilu se kod sudaca neće raditi o nezakonitom radu kada se radi o izraženom pravnom mišljenju ili zauzetom pravnom stajalištu u postupku.

Ustav RH i ZS određuju da je sudbena vlast samostalna i neovisna,²¹ što se mora tumačiti u konkretnom postupku da je sudac autonoman u tumačenju i primjeni pravne norme u postupku. S druge strane Ustav RH jamči svakomu da mu zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji ili optužbi za kazneno djelo.²² Upravo samostalnost i neovisnost koja se odražava kroz tumačenje i primjenu pravne norme u svakom konkretnom sudskom postupku garantira strankama u postupku pravo na pravično i nepristrano suđenje. Pogreške koje bi sudac počinio u primjeni procesnog i materijalnog prava ispravljaju se u odgovarajućem sustavu pravnih lijekova, i ne predstavljaju nezakonit i nepravilan rad sudaca u smislu čl. 106. st. 1. ZS-a.

Iznimka od navedenog stajališta postojala bi iznimno u slučajevima kada bi se radilo o primjeni jasne i nedvojbene pravne norme koja ne trpi različito tumačenje i kada ne bi bilo opravdanja za tumačenje i primjenu određene pravne norme na drugačiji način.²³ Samo u takvim slučajevima moglo bi se prihvatiti da

¹⁹ Narodne novine, broj 125/11 – dalje KZ.

²⁰ V. *supra* bilj. 10.

²¹ V. čl. 117. st. 2. Ustava RH i čl. 2. ZS.

²² V. čl. 29. st. 1. Ustava RH i čl. 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine – Međunarodni ugovori, broj 18/97, 6/99, 8/99, 14/02 i 1/06 – dalje Konvencija).

²³ Npr. ako bi sudac donio u parničnom postupku presudu zbog izostanka ili ogluhe, a tuženik evidentno nije uredno pozvan na ročište, odnosno nije uopće zaprimio uredno tužbu radi davanja pismenog odgovora na tužbu a što je u potpunosti jasno i vidljivo iz spisa.

se radi o nezakonitom ili nepravilnom radu suca, pri čemu takav pristup treba biti restriktivan. Sudbena vlast je neovisna za razliku od državne uprave koja postupaju prema načelima vertikalne nadređenosti. U kojem sustavu su niža upravna tijela dužna postupati u skladu s obvezatnim nalogima višeg tijela, a unutar jednog upravnog tijela službenici postupaju po načelu subordinacije u odnosu na čelnika tijela. Državna tijela nastupaju s javno-pravnog aspekta, odnosno kao *iure imperii*, i kada se ne radi o dvostranopravnom odnosu, pa bi zaista bilo neprihvatljivo da stranka koja je nasuprot državnog tijela na svoj teret snosi eventualnu štetu ukoliko bi se radilo o pogrešnom pravnom stajalištu i ukoliko bi došlo do kasnijeg poništenja određene odluke. Stoga je odluka Ustavnog suda RH²⁴, koja se uostalom odnosi na rad državnih tijela i primjenu čl. 13. ZSDU, primjenjiva i u odnosu na eventualni nezakonit rad tijela državne uprave koji bi se odnosio i na pogrešnu primjenu prava i pogrešno pravno stajalište, a što nikao nije primjenjivo u odnosu na rad sudaca.

Može se prihvatiti da postoji mogućnost da primjenom materijalnog ili procesnog prava i zauzimanjem određenog pravnog stajališta suca u određenom postupku dođe do situacije kada bi neka stranka mogla tvrditi da je zbog toga pretrpjela neku štetu. Međutim, ne radi se o nezakonitom radu kada se radi o primjeni materijalnog prava i pravnom mišljenju ili pravnom stajalištu u postupku. Ukoliko bi se zauzelo stajalište da se u takvim slučajevima radi o nezakonitom radu, to bi dovelo do čitavog niza tužbi, što bi sve utjecalo na rad sudaca, a prije svega na samostalnost i neovisnost sudaca i sudova. Smatramo da rizik pogrešnog pravnog stajališta i pogrešne primjene prava u sudskim postupcima koji su dvostrani mora snositi stranka koja je izgubila spor, a ne Republika Hrvatska. Jedina iznimka bila bi kada se radi o pogrešnoj primjeni pravne norme koja je jednostavna, potpuno jasna, ne traži nikakvo tumačenje i nema nikakve dvojbe u svezi s njezinom primjenom.

Ukoliko bi se prihvatilo da suci moraju biti uvijek u pravu u svojim odlukama, narušilo bi se temeljno načelo neovisnosti i samostalnosti sudova. Ako se i radi o objektivnoj odgovornosti, onda se tumačenje nezakonitog rada ne može odnositi na pogrešnu primjenu materijalnog prava, na izraženo pravno mišljenje i stajalište u postupku. Dakle, kod obnašanja sudačke dužnosti vrlo rijetko će se raditi o nezakonitom radu kod iznošenja pravnog stajališta ili mišljenja, s obzirom na položaj, ovlasti i nadležnosti sudova i sudaca u postupku.

5. PRAVO REGRESA REPUBLIKE HRVATSKE

Odredbom čl. 106. st. 2. ZS-a predviđeno je pravo regresa od suca, zavisno od stupnja krivnje. Vidljivo je da je subjektivni odnos štetnika prema takvim događajima odlučujući za pravo regresa. Namjera i krajnja nepažnja uvjet su da bi se mogao zatražiti povrat isplaćene naknade štete. Moralo bi se stoga raditi o namjeri (*dolus*) kada je štetnik želio uzrok (štetna radnja, nezakoniti ili nepravilni rad), ali i posljedicu (šteta nanosena drugoj osobi). Smatramo da će to biti vrlo rijetko u

24 V. *supra* bilj. 10.

praksi jer bi se u takvim slučajevima radilo i o kaznenom djelu. Štetnik bi u takvim slučajevima postupao znajući i hotimice.

Pravo regresa postojalo bi i u slučajevima krajnje nepažnje koja se često definira kao gruba nepažnja. Krajnja nepažnja (*culpa lata*) je onda kada je štetnik u svom postupanju zanemario i običnu pozornost koja se može i mora očekivati od svakog čovjeka prosječnih sposobnosti.²⁵ U praksi će vrlo rijetko biti situacija kada se radi o namjeri, a dvojba će biti samo radi li se o krajnjoj nepažnji ili običnoj nepažnji. Obična nepažnja (*culpa levis*) oblik je krivnje te se primjenjuje u odnosu na osobito pažljivog čovjeka (pažnja dobrog gospodarstvenika, odnosno domaćina)²⁶. Razlika između grube ili krajnje nepažnje te obične nepažnje, je faktično pitanje koje će zavisiti od niza okolnosti.²⁷ Pravno mišljenje ili pravno stajalište izraženo u postupku ne može i ne smije biti ni u kojem slučaju tretirano kao bilo koja radnja koja bi bila osnova za regres po čl. 106. st. 2. ZS-a.

U slučaju regresnog zahtjeva sudac može isticati sve prigovore materijalne i procesne naravi. Kako bi RH izbjegla takve prigovore, može obavijestiti štetnika o parnici i uspostaviti tzv. intervencijski efekt.²⁸ Mišljenje autora je da regresni zahtjev u smislu čl. 106. st. 2. ZS-a zastarijeva za šest mjeseci od dana isplaćene naknade oštećenoj osobi. Naime, ZS u čl. 106. ne sadrži odredbu o zastari prava na regres, za razliku od ZS/94 koji je propisivao da regresni zahtjev RH može ostvariti u roku od jedne godine od isplate štete oštećeniku.²⁹ Stoga u nedostatku posebne odredbe u ZS-a treba primijeniti analognu opću odredbu iz ZOO o zastarijevanju regresnog zahtjeva poslodavca prema radniku,³⁰ gdje se radi o zastari, a ne o prekluzivnom roku za tužbu.

6. ODGOVORNOST REPUBLIKE HRVATSKE ZBOG POVREDE PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

ZS regulira poseban oblik odgovornosti RH zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku.³¹ Radi se o posebnoj vrsti odgovornosti koja se temelji na odredbi čl. 6. Konvencije i čl. 29. st. 1. Ustava RH.³² Osnova odgovornosti RH trajanje je

25 To bi značilo da se ponašanje i postupanje suca u konkretnom predmetu mora usporediti s ponašanjem prosječnog suca u takvoj ili sličnoj situaciji.

26 U kontekstu čl. 106. st. 2. ZS-a to bi se odnosilo na osobito pažljivog suca.

27 Može se raditi o dvije istovjetne radnje, ali u drugim okolnostima. Nije isto ukoliko je do izrade presude došlo u roku od godine dana od zaključenja glavne rasprave, a sudac je bio na bolovanju ili se radi o složenom predmetu, u odnosu na situaciju kada sudac nije bio uopće na bolovanju i ne radi se o složenom predmetu.

28 V. čl. 211. Zakona o parničnom postupku (Narodne novine, broj 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08 i 57/11 – dalje ZPP).

29 V. čl. 67. st. 2. ZS/94.

30 V. čl. 1061. st. 4. ZOO-a.

31 ZS propisuje u čl. 4., 27. i 28. pravo na zaštitu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, te pretpostavke i postupak za ostvarenje tog prava.

32 Čl. 6. st. 1. Konvencije određuje da radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega, svatko ima pravo da zakonom

konkretnog sudskog postupka u vremenskom razdoblju koje je duže od onog koje se može prihvatiti kao razumno i opravdano.³³ Polazi se od toga da je RH dužna organizirati svoj sudbeni sustav na način da je pravo stranke u sudskom postupku objektivno ostvarivo u primjerenom, odnosno razumnom roku.

Pravo na zaštitu može ostvariti samo ona osoba koja ima položaj stranke u postupku, odnosno osoba koja se može u postupku izjednačiti sa strankom. Za provođenje postupka stvarno je nadležan neposredno viši sud.³⁴ Ukoliko je došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku naknada se dosuđuje u obliku novčane satisfakcije, a sudu pred kojim je došlo do povrede određuje se rok za odlučivanje o pravu ili obvezi ili o sumnji ili optužbi za kazneno djelo.³⁵ Naknada se isplaćuje iz državnog proračuna u roku od tri mjeseca od dana podnošenja zahtjeva za isplatu, a osigurano je dvostupanjsko odlučivanje te o žalbi odlučuje vijeće Vrhovnog suda RH.³⁶

Odgovornost RH zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku različita je vrsta odgovornosti od one iz čl. 106. st. 1. ZS-a. Ovdje se ne radi o nepravilnom ili nezakonitom radu sudaca u obnašanju sudačke dužnosti gdje je potrebno dokazati sve pretpostavke odgovornosti za štetu, a posebice nezakoniti ili nepravilni rad u svakom konkretnom slučaju. Odgovornost RH u smislu čl. 27. i 28. ZS-a objektivna je odgovornost i jedina pretpostavka koja je dostatna za ostvarenje naknade štete je da je postupak trajao duže vrijeme od onog što se smatra primjernim i razumnim za konkretnu vrstu postupka.³⁷ Stoga odgovornost RH iz čl. 27. i 28. ZS-a je samostalna i neovisna u odnosu na odgovornost iz čl. 106. st. 1. ZS-a, s time da se te dvije vrste odgovornosti mogu kumulirati ako su za to ispunjene pretpostavke iz čl. 27. i 28. te čl. 106. st. 1. ZS-a. Međutim, svaka odluka kojom se priznaje povreda prava na suđenje u razumnom roku ne znači ujedno da se radi i odgovornosti iz čl. 106. st. 1. ZS-a.³⁸

ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Ustav RH u čl. 29. st. 1. određuje da svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela.

33 Sudska praksa načelno je prihvatila rok od četiri godine u kojem se sudski postupak mora dovršiti, a u protivnom se smatra da je došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku (u hitnim sudskim predmetima taj je rok tri godine).

34 V. čl. 27. st. 1. ZS.

35 V. čl. 28. st. 1. ZS.

36 V. čl. 28. st. 2. i 5. ZS.

37 Sama visina naknade može ovisiti o nizu konkretnih okolnosti kao što su vrijednost predmeta spora, doprinos same stranke, eventualno nastupanje pravomoćnosti nakon podnošenja zahtjeva, vrijeme stupanja u postupak kod univerzalne ili singularne sukcesije itd. Međutim, pravo na novčanu satisfakciju uvijek postoji kod prekoračenja prihvatljivog ili razumnog trajanja postupka. Rokovi od četiri, odnosno tri godine trajanja sudskog postupka načelni su i okvirni te je kao takve prihvatila sudska praksa Vrhovnog suda RH i Ustavnog suda RH, ali to ne znači da iznimno u nekom posebnom postupku ne mogu biti i kraći rokovi prihvaćeni kao relevantni za utvrđenje povrede i dosuđenje naknade.

38 Te će dvije vrste odgovornosti RH samo iznimno istovremeno postojati.

Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u hrvatskom pravnom sustavu prolazila je kroz nekoliko razdoblja. Prvo razdoblje započelo je početkom primjene Konvencije u RH 5. studenog 1997. godine i trajalo je do donošenja Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH³⁹ 29. rujna 1999. godine. U tom razdoblju nije postojao propis koji bi u hrvatskom unutarnjem pravu omogućavao zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, te su se građani i pravne osobe iz RH obraćali izravno Europskom sudu za ljudska prava. Temeljem čl. 41. Konvencije Europski sud za ljudska prava dosuđivao bi u opravdanim slučajevima novčane satisfakcije.

Drugo razdoblje odnosilo se na ono od donošenja Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH pa do izmjena i dopuna Ustavnog zakona o Ustavnom sudu od 22. ožujka 2002.⁴⁰ Donošenjem Ustavnog zakona o Ustavnom sudu bila je predviđena iznimna mogućnost ustavne tužbe zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku i prije nego li je iscrpljen cijeli pravni put. Time je ograničeno omogućena pravna zaštita po tom osnovu, ali samo iznimno i po procjeni Ustavnog suda RH. Takve izmjene nisu bile dovoljne da bi Europski sud za ljudska prava zauzeo stajalište da nisu ispunjene pretpostavke iz čl. 41. st. 1. Konvencije.

Treće razdoblje nastupilo je 22. ožujka 2002. donošenjem izmjena i dopuna Ustavnog zakona o Ustavnom sudu od kada je u cijelosti regulirana pravna zaštita u RH u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku. Više nije bilo mogućnosti izravnog obraćanja Europskom sudu za ljudska prava jer nije bila ispunjena pretpostavka iz čl. 41. st. 1. Konvencije da je iscrpljen cijeli pravni put u matičnoj državi. Četvrto razdoblje nastupilo je donošenjem ZS-a 21. prosinca 2005., kojim je predviđena zaštita za povredu suđenja u razumnom roku višega suda u odnosu na niži. Redovni sudovi preuzimaju ulogu Ustavnog suda, pri čemu se može postaviti pitanje je li time isključena mogućnost ustavne tužbe sukladno Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu RH.⁴¹

6.1. Pravo regresa Republike Hrvatske

Odredbom čl. 106. st. 3. ZS-a predviđeno je pravo regresa RH prema sucu, odnosno pravo na povrat isplaćene naknade zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku u smislu članka 27. i 28. ZS-a, ako je povreda nastala namjerom ili krajnjom nepažnjom suca, i ukoliko je povreda utvrđena u stegovnom postupku.⁴²

39 Narodne novine, broj 99/99.

40 Narodne novine, broj 29/02.

41 V. čl. 63. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH. Autor je mišljenja da se Zakonom (ZS) ne mogu derogirati odredbe Ustavnog zakona (Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH) jer se ne radi o propisima iste razine. Međutim, Ustavni sud RH zauzeo je stajalište da nakon donošenja ZS-a nema više mogućnosti tražiti se zaštita zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku od Ustavnog suda RH ako nije zatražena zaštita sukladno odredbama ZS-a.

42 Odredbom čl. 24. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima (Narodne novine, broj 153/09) koji je stupio na snagu 29. prosinca 2009., dodani su u čl. 106. ZS-a stavci 3. i 4. koji se odnose na pravo RH na povrat isplaćene naknade zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku od suca. U st. 4. l. 106. ZS-a predsjednik suda pred kojim je došlo do

Dakle, pretpostavke za povrat isplaćene naknade su nepravilan i nezakonit rad suca koji je u uzročnoj vezi s trajanjem postupka izvan prihvatljivog i razumnog roka, da je povreda nastala namjerom ili krajnjom nepažnjom suca, te da je povreda utvrđena u stegovnom postupku. Razlika u odnosu na pravo regresa RH u smislu čl. 106. st. 2. ZS-a je da se kod regresa iz čl. 106. st. 3. ZS-a traži prethodno provođenje stegovnog postupka protiv suca. Već je navedeno da je odgovornost RH zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku objektivne naravi, te se ne mora raditi o nezakonitom ili nepravilnom radu suca (što je u praksi gotovo isključivo slučaj), već je dostatno da je sudski postupak trajao izvan opće prihvaćenih kriterija trajanja određene vrste postupka.

Kao i kod prava regresa RH sukladno čl. 106. st. 2. ZS-a, postavlja se pitanje kada zastarijeva zahtjev RH u smislu čl. 106. st. 3. ZS-a. Razlika je u tomu što su u smislu čl. 106. st. 3. ZS-a pretpostavke za regres RH da je naknada zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku isplaćena, te da je utvrđena odgovornost suca u stegovnom postupku za trajanje sudskog postupka preko razumnog i primjerenog roka (i to zbog nezakonitog ili nepravilnog rada počinjenog namjerno ili krajnjom nepažnjom).⁴³ Smatram da i u slučaju primjene čl. 106. st. 3. ZS-a zastara potraživanja RH prema sucu nastupa u roku od šest mjeseci od dana isplaćene naknade, odnosno od pravomoćne odluke u stegovnom postupku protiv suca, ako taj postupak nije završen prije isplate naknade.

7. ODGOVORNOST REPUBLIKE HRVATSKE ZBOG NEOPRAVDANE OSUDE ILI NEUTEMELJENOG UHIĆENJA

Zakon o kaznenom postupku⁴⁴ propisuje posebnu vrstu odgovornosti RH zbog neopravdane osude ili neutemeljenog uhićenja, te propisuje pretpostavke i postupak za ostvarenje naknade štete po toj osnovi. To pravo oštećenih osoba proizlazi primarno iz međunarodnog ugovora – Pakta o građanskim i političkim pravima od 19. prosinca 1966. godine kojem je pristupila i RH, temeljem kojeg svaka osoba kao žrtva nezakonitog uhićenja ili pritvora ima pravo na naknadu štete, kao i odredbe čl. 25. st. 4. Ustava RH koji određuje da svatko tko je neopravdano lišen slobode ili osuđen ima pravo na odštetu i javnu ispriku. ZKP u čl. 14. određuje da osoba koja je neopravdano osuđena za kazneno djelo ili je neosnovano uhićena ima pravo na svekoliku rehabilitaciju, pravo na naknadu štete iz sredstava državnog proračuna te druga prava utvrđena zakonom.

povrede prava na suđenje u razumnom roku dužan je nadležnom državnom odvjetništvu dostaviti podatke potrebne za pokretanje postupka iz st. 3. čl. 106. ZS-a.

43 RH bi imala pravo regresa za isplaćenu naknadu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku u slučaju ako je do prekoračenja primjerenog roka za vođenje postupka došlo iz razloga što sudac nije izradio presudu npr. u razdoblju od preko godinu dana, iako se ne radi o složenom predmetu i bez odobrenja predsjednika suda. To sve pod uvjetom da je takva povreda u uzročnoj vezi s prekoračenjem primjerenog trajanja postupka i da je povreda utvrđena u stegovnom postupku.

44 Narodne novine, broj 152/08, 76/09, 80/11 i 121/11 – pročišćeni tekst (dalje ZKP).

ZKP izvorno više ne sadrži detaljnije odredbe u svezi s ovom posebnom odgovornosti RH, kao i u svezi s pretpostavkama i postupcima ostvarenja naknade štete po toj osnovi, iz razloga što je predviđeno donošenje posebnog zakona koji bi regulirao tu problematiku. Do donošenja toga posebnog zakona određeno je da se i dalje primjenjuju odredbe ranijeg Zakona o kaznenom postupku⁴⁵ iz Glave XXX. koje se odnose na postupak za naknadu štete i ostvarenje drugih prava neopravdano osuđenih ili neutemeljeno uhićenih osoba.⁴⁶ Stoga se do donošenja posebnog zakona i dalje primjenjuju odredbe ZKP/97 koje određuju što se smatra neopravdanom osudom,⁴⁷ odnosno neutemeljenim uhićenjem,⁴⁸ te koja su prava oštećene osobe i na koji način oštećena osoba može ostvariti naknadu štete.⁴⁹

Pasivno legitimirana je RH protiv koje se podnosi tužba, a procesna pretpostavka za tužbu je obraćanje sa zahtjevom Ministarstvu pravosuđa radi postignuća nagodbe o postojanju štete te vrsti i visini naknade.⁵⁰ Pravo na naknadu štete zastarijeva za tri godine od dana pravomoćnosti prvostupanjske presude kojom je okrivljenik oslobođen optužbe ili kojom je optužba odbijena, odnosno pravomoćnosti prvostupanjskog rješenja kojim je postupak obustavljen, a ako je u povodu žalbe rješavao viši sud - od dana primitka odluke višeg suda.⁵¹ Oštećena osoba ima pravo na naknadu neimovinske i imovinske štete, a njezini nasljednici mogu ostvariti samo imovinsku štetu i to u granicama postavljenog zahtjeva oštećenika.⁵² Kao poseban način naknade štete predviđena je mogućnost objave odluke iz koje proizlazi neopravdanost prijašnje osude, odnosno neosnovanost uhićenja, ako je slučaj na koji se odnosi neopravdana osuda ili neosnovano oduzimanje slobode prikazivan u sredstvima javnog priopćavanja i time je bio povrijeđen ugled te osobe.⁵³

Odgovornost RH zbog neopravdane osude ili neutemeljenog uhićenja, kao i odgovornost zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, posebna je vrsta odgovornosti različita od one predviđene za nezakonit i nepravilan rad sudaca u obnašanju sudačke dužnosti. RH odgovara prema objektivnom kriteriju, a pretpostavka odgovornosti je uz ispunjenje općih pretpostavki za naknadu štete, i

45 Narodne novine, broj 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02, 62/03 – pročišćeni tekst, 178/04 i 115/06 – dalje ZKP/97.

46 Čl. 573. st. 1. al. 2. ZKP-a određeno je da ZKP/97 prestaje važiti stupanjem na snagu ZKP-a, osim između ostalog Glava XXIX. i XXX., koje će se primjenjivati do donošenja posebnog zakona. Glava XXX. ZKP/97 u čl. 476. do 484.a (čl. 494. – 503. pročišćeni tekst) regulira postupak za naknadu štete i ostvarivanje drugih prava neopravdano osuđenih ili neutemeljeno uhićenih osoba.

47 V. čl. 476. ZKP/97.

48 V. čl. 480. ZKP/97.

49 V. čl. 477. – 479. i 481. ZKP/97.

50 V. čl. 478. i 477. st. 2. ZKP/97.

51 V. čl. 477. st. 1. ZKP/97.

52 V. čl. 479. ZKP/97.

53 V. čl. 481. ZKP/97.

ispunjenje posebnih pretpostavki koje su propisane u procesnom kaznenom zakonu.⁵⁴ Stoga se kod odgovornosti RH zbog neopravdane osude ili neutemeljenog uhićenja u pravilu također ne radi o nezakonitom i nepravilnom radu sudaca u obnašanju sudačke dužnosti.⁵⁵ U slučaju ove posebne vrste odgovornosti RH ne postoji mogućnost regresa prema sucu, osim ukoliko se istodobno ne radi o pretpostavkama iz čl. 106. st. 1. i 2. ZS-a.

8. ZAKLJUČAK

Odgovornost za štetu koju sudac u obnašanju sudačke dužnosti nanese nezakonitim ili nepravilnim radom stranci posebna je vrsta odgovornosti regulirana u ZS-u. Oštećenici su pravne i fizičke osobe koje imaju položaj stranke u postupku, a odredbe ZS-a koje reguliraju tu posebnu vrstu odgovornosti su *lex specialis* u odnosu na opće pretpostavke odgovornosti za štetu. Zakonodavac se rukovodio s jedne strane zaštitom interesa sudionika sudskog postupka, a s druge zaštitom interesa nesmetanog obnašanja sudačke dužnosti. Ova vrsta odgovornosti po svojim je karakteristikama isključiva i primarna odgovornost za drugog i nema mogućnosti tužbe protiv samog suca.

Osim općih i posebnih pretpostavki za odgovornost, kod ove posebne vrste odgovornosti mora se raditi o nezakonitom i nepravilnom radu sudaca u obnašanju sudačke dužnosti. Dosadašnja je sudska praksa uz sve opće i posebne pretpostavke za odgovornost tražila i postojanje krivnje, ali je Ustavni sud RH u odnosu na tumačenje nezakonitog i nepravilnog rada u primjeni čl. 13. ZSDU-a u jednoj odluci⁵⁶ zauzeo stajalište da se radi o odgovornosti po objektivnom kriteriju. Bez obzira hoće li sudska praksa prihvatiti objektivni ili subjektivni kriterij kod utvrđivanja nezakonitog ili nepravilnog rada, zauzimanje pravnog stajališta te primjena procesnog ili materijalnog prava u konkretnom postupku nikako se ne može podvesti pod nezakoniti i nepravilni rad. Suci svoju dužnost trebaju obnašati samostalno i neovisno bez straha za izraženo pravno stajalište i primjenu prava, a moraju biti zaštićeni i od postupaka koje bi pokretale nezadovoljne stranke izravno protiv sudaca. S druge strane strankama u postupku mora biti osigurano pravo na naknadu štete u slučaju postojanja pretpostavki nezakonitog i nepravilnog rada sudaca, kao i pravo regresa RH ako je šteta počinjena namjerno ili zbog krajnje nepažnje.

54 Te su pretpostavke propisane u čl. 476. i čl. 480. ZKP/97, čije su odredbe i dalje na snazi s obzirom na odredbu čl. 573. st. 1. al. 2. ZKP-a (V. *supra* bilj. 46).

55 Jednako kao i kod povrede prava na suđenje u razumnom roku moguće je i da istodobno postoje pretpostavke za odgovornost RH zbog nezakonitog i nepravilnog rada sudaca u obnašanju sudačke dužnosti, ali to nije pretpostavka ove posebne vrste odgovornosti.

56 V. *supra* bilj. 10.

Summary

LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY ILLEGAL OR IRREGULAR PERFORMANCE OF JUDGES

The author in the article analyses a special type of liability for damages, the Republic of Croatia liability for damages due to illegal or irregular performance of judges. Except from general and special requirements which have to be fulfilled for damage liability, a case in question has to involve the illegal or irregular actions executed by judges. In such cases, the liability for damages of the Republic of Croatia is primary and exclusive. Therefore, the main issue in damage liability cases is to establish the illegal or irregular performance of judges in each individual case. According to the current court practice, the liability for damages has been determined by subjective criteria, i.e. the guilt has been one of the preconditions used to impose liability for damages. Although there are authors who uphold the implementation of objective criteria to determine this special type of damage liability, it is highly unfounded to conclude that the illegal or irregular actions of judges consist of taking the legal standpoint and implementing the procedural and material provisions in specific proceedings.

Key words: illegal or irregular performance of judges, liability for damages, legal standpoint or legal opinion.

Zusammenfassung

SCHADENSHAFTUNG WEGEN DES GESETZ- ODER ORDNUNGSWIDRIGEN RICHTERVERHALTENS

In der Arbeit wird besondere Haftungsart der Republik Kroatien für das gesetz- und ordnungswidrige Richterverhalten bearbeitet. Außer allgemeinen und besonderen Vermutungen auf Schadenshaftung, muss es sich bei dieser besonderen Haftungsart auch um gesetz- und ordnungswidriges Richterverhalten handeln, wobei die Haftung primär und ausschließlich von der Republik Kroatien getragen wird. Demnach ist das Grundproblem die Feststellung von gesetz- und ordnungswidrigem Richterverhalten in jedem Konkretefall. Die bisherige Rechtsprechung hat das subjektive Haftungskriterium akzeptiert, beziehungsweise die Schuld war eine der Vermutungen auf Schadenshaftung. Obwohl es Standpunkte gibt, dass bei dieser besonderen Haftungsart man dem objektiven Kriterium nach haftet, kann die Vertretung von Rechtsstandpunkten und die Anwendung von prozessuellem oder materiellem Recht im konkreten Verfahren auf keinem Fall dem gesetz- und ordnungswidrigen Verhalten zugeordnet werden.

*Schlüsselwörter: gesetz- und ordnungswidriges Richterverhalten, Schaden
haftung, Rechtsstandpunkt oder –auffassung.*

RIASSUNTO

RESPONSABILITA' PER IL DANNO DERIVANTE DALL'OPERATO ILLECITO O INESATTO DEI GIUDICI

Nel contributo si esamina un particolare tipo di responsabilità della Repubblica di Croazia derivante dall'operato illecito o inesatto dei giudici. A parte i presupposti generali e particolari di responsabilità per danno in questo caso deve sussistere anche l'operato illecito o inesatto del giudice, sebbene la responsabilità della Repubblica di Croazia sia principale ed esclusiva. Perciò il problema principale è costituito dall'accertamento dell'operato illecito o inesatto del giudice in ogni singolo caso concreto, laddove la giurisprudenza fino ad ora accoglieva un criterio di responsabilità soggettivo: la colpa rappresentava uno dei presupposti per la responsabilità per danno. Per quanto esistano orientamenti volti ad accogliere un criterio oggettivo nella valutazione della sussistenza di questa specifica responsabilità, la presa di posizione giuridica e l'applicazione del diritto processuale o materiale nel procedimento concreto non può essere annoverato tra le azioni che conducono ad un operato illecito, né inesatto.

***Parole chiave:** operato illecito o inesatto dei giudici, responsabilità per danno, presa di posizione giuridica o parere.*

NOVINE U ZAKUPU I KUPOPRODAJI POSLOVNOG PROSTORA

Damir Kontrec, dipl. iur., sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 347.453.4
Ur.: 13. siječnja 2012.
Pr.: 10. ožujka 2012.
Stručni rad

Sažetak

U radu se prikazuju odredbe novoga Zakona o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora, posebno novine koje isti donosi, ali se vrši i usporedba novih zakonskih rješenja s ranijim propisima. Isto tako se ukazuje na određene dvojbe koje će se otvoriti prilikom primjene novoga propisa.

Ključne riječi: *poslovni prostor, poslovna prostorija, ugovor o zakupu, prestanak ugovora, upis zakupnog odnosa u zemljišne knjige, prodaja poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave.*

1. UVOD

U modernom društvu utemeljenom na principima tržišne ekonomije nezamislivo je poslovanje gospodarskih subjekata, posebice malih i srednjih poduzetnika, trgovaca i obrtnika, a da isti za svoje poslovanje ne koriste poslovne prostore koji nisu u njihovom vlasništvu, već iste koriste kao zakupci. Stoga je za normalno funkcioniranje gospodarstva u svakoj zemlji bitno na koji su način regulirani propisi o zakupu poslovnih prostora, te koja prava i obveze imaju ugovorne strane u tim odnosima. Isto je tako bitno da propisi omogućuju brzo postupanje nadležnih sudova, jer primjerice postupak povodom otkaza ili raskida ugovora o zakupu koji traje desetak i više godina sasvim sigurno ne predstavlja poticaj razvoju poduzetništva, stvaranju nove vrijednosti, već suprotno na tržištu stvara nelikvidne subjekte i to bilo na strani zakupodavaca, bilo na strani zakupnika.

Posljednjih desetak godina svjedoci smo zakonodavnog stampeda u Republici Hrvatskoj. Propisi – zakoni i podzakonski akti donose se munjevitom brzinom, a često puta izmjene i dopune nekog zakona izazivaju nedoumice u praksi ili još gore potrebu za tumačenjima onih koji su zakone pisali.

Glede zakupa poslovnih prostorija zakonodavac se odlučio na donošenje novog zakona, drugoga od samostalnosti Republike Hrvatske.

U ovom radu prikazuje se razvoj instituta zakupa od šezdesetih godina prošlog stoljeća, pa do donošenja novog Zakona o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora 2011. godine.¹ Raniji Zakon o zakupu i prodaji poslovnog prostora² bio je donesen 1996. godine zajedno s drugim propisima iz područja vlasničkih odnosa, Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,³ Zakonom o zemljišnim knjigama,⁴ Zakonom o najmu stanova,⁵ Zakonom o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine⁶ i dr. U razdoblju do 1996. u Republici Hrvatskoj primjenjivao se Zakon o poslovnim zgradama i prostorijama.⁷

Bitnim nam se čini naglasiti i veliku vrijednost poslovnih prostora. No, kada se prolazi užim središtima gotovo svakog većeg grada, može se zamijetiti da je veliki broj poslovnih prostora zatvoren, neuređen, bilo zbog neriješenih imovinskopravnih odnosa, bilo zbog nekog drugog razloga. Čini nam se da i tu leži veliki, ali često puta nedovoljno iskorišteni kapital, a gradnja svakoga novog trgovačkog centra, koji u Hrvatskoj niču kao gljive nakon kiše, daje tržištu nove poslovne prostore.

2. OPĆE ODREDBE O ZAKUPU

2.1. Predmet zakona

ZPZP regulirao je zakup poslovnih prostorija u društvenom vlasništvu, kojima su upravljali, raspolagali i koristili radne i druge samouprave organizacije i državni organi (čl. 1. ZPZP). Organi upravljanja bili su dužni poslovne prostorije u društvenom vlasništvu dati u zakup, ako ih sami ne koriste, dok su vlasnici zgrada, u kojima su se nalazile poslovne prostorije u privatnom vlasništvu, mogli dati u zakup u skladu s odredbama ZPZP-a (čl. 2.).

ZZPPP⁸ iz 1996. uređivao je zasnivanje i prestanak zakupa poslovnog prostora te međusobna prava i obveze zakupodavca i zakupnika, kao i prodaju poslovnog

1 Narodne novine br. 125/11, dalje ZZKPP.

2 Narodne novine br. 91/96, 124/97, 174/04, 38/09, dalje ZZPPP. Bitno je naglasiti da se 2004. godine u taj Zakon uvodi i prodaja poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske, nakon čega je sam Zakon u naslovu dobio i pojam „prodaje“ poslovnog prostora.

3 Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09 - dalje: ZV.

4 Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04 i 107/07, 152/08, 126/10, dalje ZZK.

5 Narodne novine br. 91/96, 48/98, 66/98, 22/06, dalje ZNS.

6 Narodne novine br. 92/96, 39/99, 42/99, 92/99, 43/00, 131/00, 27/01, 34/01, 65/01, 118/01, 80/02, 81/02, dalje Zakon o povratu.

7 Narodne novine 52/71, dalje ZPZP, koji je u Republici Hrvatskoj preuzet kao republički propis, osnovni tekst zakona bio je objavljen u Službenom listu SFRJ br. 43/65, 57/65, te je taj propis do 1971. godine bio primjenjivan kao savezni propis.

8 O ZZPPP-u iz 1996. vidi opširnije: J. Brežanski, Zakon o zakupu i prodaji poslovnog prostora – primjena u praksi, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1., Rijeka 2005., zatim isti autor, Zakon o zakupu poslovnog prostora – primjena u praksi, Nekretnine u pravnom prometu, Inženjerski biro, Zagreb, 2001., V. Gazzari, Lj. Morović-Pavić, Propisi o najmu stanova i zakupu poslovnog prostora, Informator, Zagreb, 1996.

prostora u vlasništvu Republike Hrvatske (čl. 1. st. 1. ZZPPP-a), s time da se prema st. 2. na odnose koji nisu uređeni ovim Zakonom primjenjuju opći propisi obveznog prava o zakupu, dakle Zakon o obveznim odnosima.⁹ U st. 3. bilo je izričito propisano da se odredbe ZZPPP-a ne primjenjuje na slučajeve privremenoga korištenja poslovnog prostora radi održavanja sajмова, priredaba, predavanja, savjetovanja ili u druge slične svrhe.

Novi ZZKPP iz 2011. uređuje zasnivanje i prestanak zakupa poslovnog prostora te međusobna prava i obveze zakupodavca i zakupnika, kao i kupoprodaju poslovnoga prostora u vlasništvu Republike Hrvatske, županije, Grada Zagreba, grada ili općine - jedinica lokalne i područne, regionalne, samouprave (čl. 1. st. 1. ZZKPP-a). Pod kupoprodajom poslovnoga prostora podrazumijeva se i prodaja suvlasničkog dijela na određenom poslovnom prostoru (st. 2.). Odnosno predmetom kupoprodaje mogu biti i poslovni prostori, koji u smislu Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara¹⁰ imaju svojstvo kulturnog dobra, pod uvjetima propisanim u tom Zakonu (st. 3.). Nužno je dodati da se na zakupne odnose koji nisu uređeni ovim Zakonom primjenjuju opći propisi obveznoga prava o zakupu (st. 4.), dok se odredbe Zakona ne primjenjuju na slučajeve privremenoga korištenja poslovnoga prostora ili dijela poslovnoga prostora radi održavanja sajмова, priredaba, predavanja, savjetovanja, skladištenja i čuvanja robe ili u druge slične svrhe, a koje ne traje duže od 30 dana.

Kao što je vidljivo zakonodavac se odlučio da ZZKPP regulira i prodaju poslovnoga prostora u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. U obrazloženju Konačnog prijedloga ZZKPP-a predlagatelj navodi sljedeće razloge za takvu izmjenu:

„Zakup poslovnoga prostora uređen je Zakonom o zakupu i prodaji poslovnoga prostora („Narodne novine“, br. 91/96, 124/97, 174/2004 i 38/2009).

Raniji naziv Zakona o zakupu poslovnoga prostora izmijenjen je u sadašnji naziv Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zakupu poslovnoga prostora („Narodne novine“ br. 174/2004), kojim je omogućena prodaja poslovnoga prostora u vlasništvu Republike Hrvatske, mikro ili malim subjektima maloga gospodarstva, pod uvjetima i u postupku propisanim Uredbom Vlade Republike Hrvatske.

9 Narodne novine br. 53/91, 73/91, 3/94, 7/96, 112/99 – dalje: ZOO, od 1. siječnja 2006. u primjeni novi Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine br. 35/05, 41/08, novi ZOO.

10 Narodne novine br. 66/99, 151/03, 157/03, 100/04, 87/09, 88/10, 61/11. U smislu čl. 2. st. 2. Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara, pod kulturnim dobrima u smislu toga Zakona su:

- pokretne i nepokretne stvari od umjetničkoga, povijesnoga, paleontološkoga, arheološkoga, antropološkoga i znanstvenoga značenja,
- arheološka nalazišta i arheološke zone, krajolici i njihovi dijelovi koji svjedoče o čovjekovoj prisutnosti u prostoru, a imaju umjetničku, povijesnu i antropološku vrijednost,
- nematerijalni oblici i pojave čovjekova duhovnog stvaralaštva u prošlosti kao i dokumentacija i bibliografska baština i
- zgrade, odnosno prostori u kojima se trajno čuvaju ili izlažu kulturna dobra i dokumentacija o njima.

Uredba o prodaji poslovnoga prostora u vlasništvu Republike Hrvatske objavljena je u Narodnim novinama, broj 102/2007, a stupila je na snagu 18. studenoga 2007. i još je uvijek na snazi.

U međuvremenu je Hrvatska obrtnička komora u suradnji s Gradom Zagrebom pokrenula inicijativu za izmjenu važećega Zakona o zakupu i prodaji poslovnoga prostora, na način da se istim subjektima maloga gospodarstva kao zakupnicima, omogućiti kupnja i poslovnoga prostora u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i jedinica područne (regionalne) samouprave i to pod istim uvjetima i prema istom postupku kao i za zakupnike u poslovnom prostoru u vlasništvu Republike Hrvatske.

Međutim, do predložene izmjene Zakona nije došlo budući je Vlada Republike Hrvatske prihvatila Preporuku tadašnjeg „Hitroreza“ da se važećim Zakonom, mikro ili mali subjekti malog gospodarstva u odnosu na ostale pravne subjekte koji su u zakupu, glede kupnje poslovnoga prostora stavljeni u povlašteni položaj te je u cilju jednakosti pred zakonom, predložio izmjenu Zakona na način da se mogućnost prodaje proširi na sve zakupnike poslovnih prostora u vlasništvu Republike Hrvatske koji uredno izvršavaju sve obveze iz ugovora o zakupu.

Zakon o zakupu i prodaji poslovnoga prostora uređuje izuzetno važno područje pravnoga statusa i raspolaganja poslovnim prostorom, a zbog posebnosti toga obveznopravnoga odnosa oduvijek je u odnosu na opće propise Zakona o obveznim odnosima uređivan kao posebni zakon (lex specialis), kako u režimu društvenog vlasništva tako i danas...

Subjekti malog gospodarstva čine najveći broj ukupnog broja gospodarskih subjekata te je malo gospodarstvo izuzetno važan dio gospodarskog sustava Republike Hrvatske i njegov je razvoj od posebnog interesa Republike Hrvatske.

Ovim Konačnim prijedlogom zakona omogućuje se sadašnjim zakupnicima, odnosno korisnicima poslovnoga prostora u vlasništvu Republike Hrvatske, županija, Grada Zagreba, gradova i općina, koji uredno izvršavaju sve obveze iz ugovora o zakupu i druge financijske obveze prema jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave te u dodatni uvjet petogodišnjeg korištenja toga prostora i uz propisane iznimke, kupnja tih prostora uz uvjete i u postupku propisanim ovim Zakonom, uredbom Vlade Republike Hrvatske, odnosno odlukama jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave.

Republika Hrvatska odredila je malo gospodarstvo, odnosno obrtništvo kao dio temeljne podloge gospodarskog razvoja Republike Hrvatske. Kako su upravo obrtnici najčešći zakupnici poslovnoga prostora to će se kroz zakonsku mogućnost kupnje poslovnoga prostora koji koriste, poboljšati njihov položaj, pružajući im na taj način sigurnost kroz obavljanje poslovanja u vlastitom prostoru. Time se doprinosi jačanju maloga gospodarstva, odnosno poduzetništva.

No, kako ustavna načela o pravednosti i jednakosti te poduzetničkoj ravnopravnosti traže da se poslovni prostor u vlasništvu Republike Hrvatske, županija, Grada Zagreba, gradova i općina, privatizira na odgovarajući način, to je ovim Zakonom omogućena prodaja širem krugu korisnika tih prostora, a ne kao do sada samo subjektima maloga gospodarstva.¹¹

11 Vidi Sabor Republike Hrvatske, dostupno na: www.sabor.hr, (2012-03-01).

2.2. Pojam poslovnog prostora

ZZKPP u čl. 2. određuje što se smatra poslovnom zgradom, poslovnom prostorijom, garažom, garažnim mjestom, a što se sve smatra poslovnim prostorom. Tako se pod poslovnom zgradom podrazumijeva zgrada namijenjena obavljanju poslovne djelatnosti ako se pretežitim dijelom i koristi u tu svrhu, dok se poslovnom prostorijom smatraju jedna ili više prostorija u poslovnoj ili stambenoj zgradi namijenjenih obavljanju poslovne djelatnosti koje, u pravilu, čine samostalnu uporabnu cjelinu i imaju zaseban glavni ulaz. To zapravo znači da se u određenim situacijama poslovnom prostorijom može smatrati i jedna ili više prostorija koje ne čine samostalnu uporabnu cjelinu i koje nemaju zaseban glavni ulaz, ali to je ipak izuzetak. Garaža je definirana kao prostor za smještaj vozila, dok je garažno mjesto prostor za smještaj vozila u garaži.

S obzirom na navedeno može se zaključiti da novi ZZKPP dosljedno prati određenje ZV-a o tome što može biti poseban dio nekretnine. U čl. 67. st. 1. i 2. ZV-a propisano je da vlasništvo posebnoga dijela nekretnine može biti uspostavljeno glede dijele suvlasničke nekretnine koji čini samostalnu uporabnu cjelinu, prikladnu za samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlasti, kao što je stan ili druga samostalna prostorija, s tim da među druge samostalne prostorije spadaju samostalne poslovne prostorije, samostalne garaže ili jasno omeđena mjesta u zgradi namijenjena ostavljanju motornih vozila.¹²

Dakle, kada se govori o zakupu poslovnog prostora, tada se misli na zakup poslovne zgrade, poslovne prostorije, garaže ili garažnog mjesta u garaži, te samo to može biti predmet ugovora o zakupu poslovnog prostora.

I raniji ZZPPP imao je identične odredbe u čl. 2. st. 1. do 5., pa je poslovnom zgradom smatrao zgradu namijenjenu za vršenje poslovnih djelatnosti, ako se pretežitim dijelom koristi u tu svrhu (čl. 3.). Pod poslovnom prostorijom, neovisno o tomu je li se nalazila u poslovnoj ili stambenoj zgradi, smatrala se jedna ili više prostorija namijenjenih vršenju poslovne djelatnosti jednog korisnika, koje u pravilu, čini građevinsku cjelinu i imaju poseban ulaz. Razlika u odnosu na sadašnje određenje nalazi se u činjenici da se govorilo o prostorijama ili prostoriji koja je namijenjena za vršenje poslovne djelatnosti jednoga korisnika.

Gradska skupština Grada Zagreba, odnosno gradsko ili općinsko vijeće imaju ovlast svojom odlukom propisati da se poslovni prostor u zgradama u vlasništvu Grada Zagreba, grada ili općine, a koje se nalaze u određenim ulicama, dijelovima

12 Čini nam se nužnim ukazati na nepravilnu praksu, gdje se kao samostalne uporabne cjeline, kao samostalne etaže utvrđuju i parkirna mjesta na otvorenom. Takva parkirna mjesta na otvorenom znaju se prodavati osobama koje nemaju vlasništvo posebnog dijela u zgradi koja se nalazi na toj parceli, a što je u potpunosti u protivnosti s određenjem etažnog vlasništva, odnosno vlasništva posebnog dijela nekretnine prema odredbama ZV-a. Prema odredbi čl. 67. st. 3. ZV-a uz stan, odnosno drugu samostalnu prostoriju, vlasništvo posebnoga dijela nekretnine može se protezati i na sporedne dijelove kao što su otvoreni balkoni, terase, podrumске ili tavanске prostorije, kućni vrtovi, mjesta za ostavljanje najviše do dva motorna vozila po pojedinom stanu ili drugoj samostalnoj prostoriji.

ulica ili na određenim trgovima može koristiti za obavljanje samo određenih djelatnosti (čl. 3. st. 1. ZZKPP). Ako se radi o tradicijskim ili deficitarnim zanimanjima, tada nadležna skupština, odnosno vijeće prije donošenja odluke treba pribaviti mišljenje udruženja obrtnika ili područne obrtničke komore (st. 2.). Namjera je zakonodavca da se sačuvaju određena tradicijska ili deficitarna zanimanja, pri čemu se ograničenje odnosi na poslovne prostore u vlasništvu Grada Zagreba, općine ili grada. Slična odredba, ali u nešto skraćenijskom obliku postojala je i u ranijem ZZPPP-u (čl. 3.).

ZPZP je također u čl. 5. i 6. propisivao određena ograničenja. Naime, skupština općine imala je ovlast određivati djelatnosti koje se mogu obavljati u određenim poslovnim prostorijama, a isto tako skupština općine imala je mogućnost propisati da zgrade koje se grade na određenom području moraju imati poslovne prostorije namijenjene za obavljanje određene poslovne djelatnosti, u skladu s urbanističkim planom, odnosno odlukom koja taj plan zamjenjuje.

3. ZAKUP POSLOVNOG PROSTORA

3.1. Zasnivanje zakupa

Zakup poslovnog prostora zasniva se ugovorom o zakupu (čl. 4. st. 1. ZZKPP-a), pri čemu ugovor mora biti sastavljen u pisanom obliku (st. 3. istog članka). Zbog problema u praksi i činjenice da su prostori u zakupu osoba koje ne ispunjavaju svoje obveze prema državnom proračunu, odnosno jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave, zakonodavac je u čl. 4. st. 2. propisao da ugovor o zakupu poslovnog prostora Republika Hrvatska, odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave ne može sklopiti s fizičkom ili pravnom osobom koja ima dospjelu nepodmirenu obvezu prema državnom proračunu i jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave, osim ako je sukladno posebnim propisima odobrena odgoda plaćanja navedenih obveza, pod uvjetom da se fizička ili pravna osoba pridržava tih rokova. U slučaju ako je zakupodavac Republika Hrvatska, odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, tada ugovor o zakupu mora potvrditi (solemnizacija) javni bilježnik (st. 3.). Posljedica da je ugovor o zakupu sklopljen protivno gore navedenim ograničenjima iz st. 2. i 3. predstavlja ništetnost ugovora.¹³

13 O ništetnim ugovorima novi ZOO propisuje:

Čl. 322. ZOO glasi: Ugovor koji je protivan Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima ili moralu društva ništetan je, osim ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku druge pravnu posljedicu ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo (st. 1.) Ako je sklapanje određenog ugovora zabranjeno samo jednoj strani, ugovor je valjan ako u zakonu nije što drugo predviđeno za određeni slučaj, a strana koja je povrijedila zakonsku zabranu snosit će odgovarajuće posljedice (st. 2.).

Čl. 323. ZOO: U slučaju ništetnosti ugovora svaka ugovorna strana dužna je vratiti drugoj sve ono što je primila na temelju takva ugovora, a ako to nije moguće, ili se narav onoga što je ispunjeno protivno vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu, prema cijenama

U svakom slučaju obveza je zakupodavca da primjerak ugovora o zakupu dostavi nadležnoj poreznoj upravi (čl. 4. st. 5. ZZKPP-a).

Međutim, sudska praksa u vrijeme ZPZP-a, kao i u vrijeme ZZPPP-a priznavala je valjanim i usmenim ugovor o zakupu poslovnog prostora, ako je on izvršavan tako da je zakupodavac predao posjed prostora zakupniku i ako se zakupac nalazio u posjedu poslovnog prostora.¹⁴ U svakom slučaju, za same stranke, kao i kasnije eventualne sporove bitno je što preciznije ugovoriti obveze ugovornih strana, jer će se tada i spor lakše riješiti.

Pojam ugovora o zakupu i što treba sadržavati ugovor o zakupu određuje čl. 5. ZZKPP-a. Ugovorom o zakupu poslovnog prostora zakupodavac se obvezuje predati zakupniku određeni poslovni prostor na korištenje, a zakupnik se obvezuje platiti mu za to ugovorenu zakupninu.

Ugovor o zakupu mora sadržavati:

1. naznaku ugovornih strana,
2. podatke o poslovnom prostoru,
3. djelatnost koja će se obavljati u poslovnom prostoru,
4. odredbe o korištenju zajedničkih uređaja i prostorija u zgradi,
5. rok predaje poslovnoga prostora zakupniku,
6. vrijeme na koje je ugovor sklopljen,
7. iznos zakupnine,
8. pretpostavke i način izmjene zakupnine te
9. mjesto i vrijeme sklapanja ugovora.

u vrijeme donošenja sudske odluke, ako zakon što drugo ne određuje (st. 1.). Ugovaratelj koji je kriv za sklapanje ništetnog ugovora odgovoran je svome suugovaratelju za štetu koju trpi zbog ništetnosti ugovora ako ovaj nije znao ili prema okolnostima nije morao znati za postojanje uzroka ništetnosti (st. 2.).

Čl. 324. ZOO: Ništetnost neke odredbe ugovora ne povlači ništetnost ugovora ako on može postati bez ništetne odredbe i ako ona nije bila ni uvjet ugovora niti odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor sklopljen (st. 1.). Ali će ugovor ostati valjan čak i ako je ništetna odredba bila uvjet ili odlučujuća pobuda ugovora u slučaju kad je ništetnost ustavljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i vrijedio bez nje (st. 2.).

Čl. 325. ZOO: Kad ništetan ugovor udovoljava pretpostavkama za valjanost nekog drugog ugovora, onda će među ugovarateljima vrijediti taj drugi ugovor, ako bi to bili u suglasnosti s ciljem koji su ugovaratelji imali na umu kad su ugovor sklopili i ako se može uzeti da bi oni sklopili taj ugovor da su znali za ništetnost svog ugovora.

Čl. 326. ZOO: Ništetan ugovor ne postaje valjan kad uzrok ništetnosti naknadno nestane (st. 1.). Ali ako je uzrok ništetnosti bila zabrana manjeg značenja, a ugovor u cijelosti ispunjen, ništetnost se ne može isticati (st. 2.).

Čl. 327. ZOO: Na ništetnost sud pazi po službenoj dužnosti i na nju se može pozivati svaka zainteresirana osoba (st. 1.). Pravo zahtijevati utvrđenje ništetnosti ima i državni odvjetnik (st. 2.).

Čl. 328. ZOO: Pravo na isticanje ništetnosti ne gasi se.

14 „Valjan je usmeni ugovor o zakupu poslovnog prostora koji je izvršavan tako da je zakupodavac predao posjed i da se zakupac nalazi u posjedu poslovnog prostora i da je određeno vrijeme plaćao zakupninu.“ (Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-174/98 od 30. siječnja 2002., Izbor odluka 2/2002, sentenca 32).

„Valjan je usmeni ugovor o zakupu koji je izvršen u pretežnom dijelu.“ (Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-208/96 od 19. siječnja 2000., Izbor odluka 1/2000, sentenca 34).

U odnosu na ZZPPP iz 1996. godine, ugovor o zakupu više ne treba sadržavati rokove plaćanja zakupnine, odnosno rokove plaćanja naknade za korištenje zajedničkih uređaja ili dijelova zgrade (čl. 5. st. 2. ZZPPP). I ZPZP je propisivao da o zakupu poslovnih prostorija zakupodavac i zakupac (sada novi pojam zakupnik) zaključuju ugovor (čl. 19.), s time da ugovor treba sadržavati naznaku ugovornih strana, naznaku poslovnih prostorija i zgrade u kojoj se one nalaze, naznaku poslovne djelatnosti koju će zakupac vršiti u poslovnim prostorijama, odredbe o korištenju zajedničkih uređaja i prostorija u zgradi, odredbu o tome je li ugovor zaključen na neodređeno ili na određeno vrijeme, s naznakom tog vremena, iznose zakupnine i naknade za korištenje uređaja, kao i vrijeme njihova plaćanja, odredbe o otkazu i otkaznim rokovima, kad je ugovor zaključen na neodređeno vrijeme, mjesto i datum zaključenja ugovora, kao i potpise ugovornih strana (čl. 21.).

Bez obzira što u ZZKPP-u više nema odredbe koja regulira pitanje rokova plaćanja zakupnine, odnosno naknade za korištenje zajedničkih uređaja zgrade, čini nam se da bi to bilo potrebno unijeti u ugovor o zakupu, tim više što ugovor o zakupu, kada ga sklapa Republika Hrvatska, odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave mora biti solemniziran¹⁵ po javnom bilježniku. Isto tako, nema nikakve zapreke da se ugovor o zakupu solemnizira i u slučaju ako zakupodavac nisu osobe javnoga prava, čak štoviše čini nam se da bi to bilo korisno, neovisno o troškovima koji nastaju kod javnog bilježnika, upravo za kasnije sporove kod otkaza ugovora o zakupu.

ZZPPP sadržavao je odredbu o ugovoru o zakupu kao ovršnoj ispravi u čl. 23. st. 2., u glavi o prestanku zakupa.

Daljnja specifičnost kod zasnivanja zakupa odnosi se na zakup poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravnih osoba u njihovu vlasništvu ili pretežitom vlasništvu. U tom slučaju obvezatan je javni natječaj (čl. 6. st. 1. ZZKPP), ali su predviđeni i određeni izuzeci od tog pravila. Tako prema st. 2. istog članka javni natječaj nije potreban

15 Zakon o javnom bilježništvu, Narodne novine br. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, dalje ZJB, u čl. 59. propisuje potvrda (solemnizaciju) privatnih isprava: ako nisu u pitanju pravni poslovi iz čl. 53. ovoga Zakona, sudionici u pravnom poslu, svi ili neki od njih, mogu isprave o pravnom poslu potvrditi kod javnog bilježnika. Za zasnivanje osiguranja tražbine uređene zakonom, dovoljno je da privatnu ispravu potvrdi obveznik. Potvrđena isprava ima snagu javnobilježničkog akta, a ako je sastavljena po propisima članka 54. ovoga Zakona ima snagu i ovršnog javnobilježničkog akta (st. 1.). Javni će bilježnik privatnu ispravu ispitati u skladu s odredbama članka 34., 57. i 58. ovoga Zakona i ako za to ne nađe zapreke potvrditi će je (st. 2.). Ako privatna isprava odgovara po svom obliku propisima javnobilježničke isprave (čl. 43. do 48.) i propisima o sadržaju javnobilježničkog akta (čl. 69. st. 1. t. 2., 4. i 6.), te ako su ju potpisali sudionici iz članka 69. stavka 1. točke 2. ovoga Zakona, ona će se potvrditi bez sastavljanja posebnog javnobilježničkog akta na taj način što će se na ispravu staviti posvjedočenja navedena u čl. 69. točki 1., 3. i 5. Zakona (st. 3.). Ako privatna isprava po svom obliku i sadržaju ne odgovara zahtjevima iz stavka 3. ovoga članka, potvrda će se izvršiti stavljanjem posebnog javnobilježničkog akta. Privatna se isprava u tom slučaju mora proširiti s javnobilježničkim aktom, i smatrat će se sastavnim dijelom i dopunom javnobilježničkog akta. U tom slučaju privatnu ispravu potpisuje i javni bilježnik i svjedoci (st. 4.).

ako ugovor o zakupu poslovnog prostora sklapaju međusobno Republika Hrvatska i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravne osobe u vlasništvu ili pretežitom vlasništvu Republike Hrvatske, odnosno pravne osobe u vlasništvu ili pretežitom vlasništvu jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pod uvjetom da je to u interesu i cilju općega, gospodarskog i socijalnog napretka njezinih građana. Druga iznimka od potrebe provođenja javnog natječaja za davanje u zakup poslovnog prostora postoji u slučaju kada sadašnji zakupnik u potpunosti izvršava svoje obveze iz ugovora o zakupu (st. 3.). U tom slučaju, zakupodavac je dužan takvom zakupniku najkasnije 60 dana prije isteka roka na koji je ugovor sklopljen ponuditi sklapanje novog ugovora o zakupu na određeno vrijeme, ali ne dulje od 5 godina. Pod sadašnjim zakupnikom podrazumijeva se zakupnik koji sada koristi poslovni prostor na temelju valjanoga ugovora o zakupu. Ako sadašnji zakupnik ne bi prihvatio ponudu u roku od 30 dana, tada bi zakupni odnos prestao istekom roka na koji je ugovor sklopljen. U tom slučaju zakupodavac je dužan za taj poslovni prostor raspisati javni natječaj za davanje u zakup toga poslovnog prostora u kojem početni iznos zakupnine ne može biti niži od iznosa zakupnine koji je bio ponuđen sadašnjem zakupniku, pod uvjetom da će se u prostoru nastaviti obavljati ista djelatnost.

U slučaju provođenja javnog natječaja za davanje u zakup poslovnog prostora, uvjete i postupak natječaja određuju Agencija za upravljanje državnom imovinom, ukoliko se radi o poslovnom prostoru u vlasništvu Republike Hrvatske, odnosno župan, gradonačelnik, općinski načelnik, odnosno od njih ovlašteno tijelo, ako se radi o prostoru u vlasništvu jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, dok za pravne osobe u njihovu vlasništvu ili pretežitom vlasništvu cijeli posao obavlja nadležno tijelo utvrđeno aktima te pravne osobe.

U čl. 6. st. 7. i 8. ZZKPP-a definirano je što se smatra najpovoljnijom ponudom, odnosno tko ima prvenstveno pravo na sklapanje ugovora o zakupu poslovnog prostora. Pod najpovoljnijom ponudom smatra se ona ponuda koja uz ispunjenje uvjeta iz natječaja sadrži i najviši iznos zakupnine. Prvenstveno pravo na sklapanje ugovora o zakupu poslovnoga prostora imaju osobe iz Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji,¹⁶ ukoliko ispunjavaju uvjete iz natječaja i prihvate najviši ponuđeni iznos zakupnine. Ugovor o zakupu sklopljen protivno odredbama ovoga članka, dakle bez javnog natječaja, ništetan je (čl. 6. st. 9. ZZKPP).

Slične, odnosno gotovo identične odredbe imao je i raniji ZZPPP.

S obzirom na opće poznato stanje zemljišnih knjiga, kao i činjenicu da Republika Hrvatska, ali i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave još uvijek nisu upisale vlasništvo u svoju korist na velikom broju nekretnina, dobro je da se zakonodavac odlučio da u čl. 6. st. 10. ZZKPP-a propiše da se odredbe ovoga članka odnose i na poslovni prostor koji je još uvijek upisan u zemljišnim knjigama kao društveno vlasništvo na kojem Republika Hrvatska i jedinice lokalne

16 Narodne novine br. 174/04, 92/05, 2/07, 107/07, 65/09, 137/09, 146/10, 55/11.

i područne (regionalne) samouprave i druge pravne osobe imaju pravo raspolaganja ili korištenja. Kada to ne bi bio slučaj, te kada bi se tražilo da se za davanje u zakup poslovnog prostora uvijek mora imati sređeno zemljišnoknjižno stanje, tada jedan dio poslovnih prostora, zbog nesređenog zemljišnoknjižnog stanja, ne bi uopće mogao biti dan u zakup.

ZZKPP nema više odredbe o slučaju ako dva ili više zakupnika sklope odvojeno posebne ugovore o zakupu istoga poslovnog prostora. U ZZPPP-u u čl. 7. st. 1. bilo je propisano da ako dva ili više zakupnika sklope odvojeno posebne ugovore o zakupu istoga poslovnoga prostora, pravo na zakup ima zakupnik koji je prije sklopio ugovor o zakupu, dok prema st. 2. istoga članka oštećeni zakupnik je imao pravo zahtijevati naknadu štete prema općim pravilima o odgovornosti za štetu.

Slučaj kada dva zakupca zaključuju odvojeno posebne ugovore o zakupu istih poslovnih prostorija regulirao je i čl. 25. ZPZP-a. U st. 1. tako je bilo određeno da ako su dva zakupca zaključila odvojeno posebne ugovore o zakupu istih poslovnih prostorija, pravo na useljenje ima zakupac čiji je ugovor ranije zaključen, osim ako se drugi zakupac uselio u poslovne prostorije, a u vrijeme useljenja nije znao da je ugovor o zakupu tih poslovnih prostorija s prvim zakupcem ranije zaključen. Zakupac koji je polagao pravo na useljenje može podnijeti tužbu nadležnom općinskom sudu protiv drugoga zakupca i tražiti da se ovaj iseli iz poslovnih prostorija.

3.1. Prava i obveze ugovornih strana

Ugovorne strane ugovora o zakupu su zakupodavac i zakupnik, te svaka ugovorna strana ima određena prava i obveze.

Obveza je zakupodavca da preda zakupniku poslovni prostor u roku utvrđenom ugovorom (čl. 7. st. 1. ZZKPP), s tim da ukoliko zakupodavac ne bi zakupniku predao poslovni prostor u ugovorenom roku, tada zakupnik svoje pravo može ostvariti tužbom, dakle tražiti predaju u posjed poslovnog prostora, odnosno raskinuti ugovor, a isto tako zakupnik ima pravo na naknadu štete (st. 2. i 3. istoga članka).

Daljnja obveza zakupodavca je da zakupniku preda poslovni prostor u stanju utvrđenom ugovorom (čl. 8. ZZKPP). Ako ugovorom nije utvrđeno u kakvom stanju zakupodavac predaje zakupniku poslovni prostor tada se smatra da je poslovni prostor predan u stanju prikladnom za obavljanje djelatnosti predviđene ugovorom. Izuzetno važnim nam se čini da se prilikom samoga čina primopredaje poslovnog prostora zakupodavca zakupniku sastavi zapisnik u koji se unose podaci o stanju poslovnog prostora (čl. 9. ZZKPP). Upravo je predmetni zapisnik često puta vrlo koristan dokaz u sudskom sporu radi otkaza ugovora o zakupu, odnosno raskida ugovora o zakupu.

Ukoliko zakupodavac ne bi zakupniku predao poslovni prostor u stanju utvrđenom ugovorom, tada je pravo zakupnika da raskine ugovor o zakupu, ili da traži

razmjerno sniženje zakupnine, ili da na teret zakupodavca sam dovede poslovni prostor u takvo stanje, pod uvjetom da to nije učinio zakupodavac nakon što ga je zakupnik na to pozvao i ostavio mu za to primjeren rok, s tim da se primjerenim rokom smatra rok u kojem se određeni radovi mogu izvesti uzimajući u obzir pripreme, mjesto i prilike pod kojima se radovi moraju izvesti. I u ovom slučaju zakupnik ima pravo na naknadu štete (čl. 10. ZZKPP).

Pravo je zakupnika, ako za to postoji potreba, tražiti od zakupodavca da izvrši popravke na poslovnom prostoru koji padaju na teret zakupodavca. Zakupnik u tom slučaju mora pisano obavijestiti zakupodavca i odrediti mu primjereni rok za te popravke (čl. 11. st. 1. ZZKPP). Ukoliko zakupodavac ne bi u roku izvršio popravke koje je dužan, zakupnik ima pravo sam izvršiti popravke na teret zakupodavca ili raskinuti ugovor. Za zakupnika je izuzetno bitno da pisano obavijesti zakupodavca o potrebi popravaka i da mu za to odredi primjereni rok. U slučaju da to ne učini, tada zakupnik, ako bi sam izvršio popravak, ne bi imao pravo tražiti naknadu za izvršene radove, a uz to bi odgovarao za štetu zakupodavcu koju bi on radi toga trpio, osim u slučaju hitnih popravaka.

U čl. 12. i 13. ZZKPP-a propisane su daljnje odredbe koje se tiču popravka poslovnog prostora. Tako je u čl. 12. st. 1. ZZKPP-a propisano da za vrijeme trajanja popravka radi održavanja poslovnog prostora u stanju u kojem ga je zakupodavac dužan održavati i koji padaju na teret zakupodavca, kao i radova na javnim površinama, pročelju i krovu zgrade, a zbog kojih zakupnik nije mogao koristiti poslovni prostor, zakupnik nije obavezan plaćati zakupninu. No, prema st. 2. zakupnik ne bi u tom slučaju imao pravo na izmaklu dobit. U slučaju da je poslovni prostor mogao samo djelomično koristiti ili postoji djelomična ograničenost u obavljanju poslovne djelatnosti, tada je zakupnik dužan plaćati razmjerni dio zakupnine (st. 3.). Ova pravila ne vrijede ako se radi o slučajevima neznatnog ometanja, primjerice ako je zakupnik spriječen u korištenju poslovnog prostora nekoliko sati, ili nekoliko dana po sat, dva i slično, ako je stavljena građevinska skela radi nekog popravka, a radi te skele je zaklonjen ulaz u poslovni prostor ili izlog poslovnog prostora i slično.

U čl. 13. st. 1. ZZKPP-a daje se pravo zakupodavcu da za vrijeme trajanja zakupa izvrši radove radi uređenja prostora ili snižavanja troškova energije i održavanja. U tom je slučaju prema st. 2. istoga članka zakupodavac dužan najkasnije dva mjeseca prije početka radova pisano obavijestiti zakupnika o vrsti, početku i opsegu radova, roku trajanja radova, kao i novoj visini zakupnine. Pravo je zakupnika tada da u roku od mjesec dana od dana primitka obavijesti iz st. 2., raskine ugovor i u istom roku o tomu obavijestiti zakupodavca, kojemu je pak u daljnjem roku od 15 dana od poslane obavijesti dužan prostor predati u posjed (st. 3.). U slučaju bilo kakve zlouporabe prava zakupodavac odgovara zakupniku za pretrpljenu štetu (st. 4.). Zakupnik nije dužan raskinuti ugovor o zakupu zbog radova, no ima pravo plaćati razmjerni dio zakupnine, ili uopće ne plaćati zakupninu, ali nema pravo na naknadu štete zbog izmakle dobiti (čl. 14. st. 1. ZZKPP). Pravo na izmaklu dobit zakupnik bi mogao ostvariti tek u slučaju ako zakupodavac ne bi

završio radove u roku navedenom u obavijesti iz čl. 13. istoga Zakona, osim ako radovi nisu završeni zbog okolnosti za koje ne odgovara zakupodavac.

U sudskoj praksi relativno su česti sporovi zbog izvršenih preinaka poslovnog prostora od strane zakupnika. U čl. 15. st. 1. ZZKPP-a propisano je da zakupnik ne smije bez izričite pisane suglasnosti zakupodavca činiti preinake poslovnog prostora kojima se mijenja konstrukcija, raspored, površina, namjena ili vanjski izgled poslovnoga prostora. Ako bi zakupnik to radio unatoč protivljenju zakupodavca, tada bi zakupodavac imao pravo raskinuti ugovor (st. 2.), a u svakom slučaju ima pravo na naknadu štete (st. 3.).

Osnovna je obveza zakupnika plaćanje ugovorom utvrđenog iznosa zakupnine u roku utvrđenom ugovorom (čl. 16. st. 1. ZZKPP). Ukoliko je zakupodavac Republika Hrvatska, odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave zakupnik je dužan plaćati zakupninu mjesečno unaprijed i to najkasnije do desetog dana u mjesecu (st. 2.). Zakupnina se prema tomu slobodno može ugovarati, no kada je zakupodavac Republika Hrvatska, odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, zakupnina je onaj iznos koji je postignut na javnom natječaju, kao najpovoljnija ponuda. Iz sadržaja st. 2. čl. 16. ZZKPP-a proizlazi da bi se zakupnina trebala plaćati mjesečno unaprijed i to najkasnije do desetog u mjesecu.

U čl. 17. st. 1. ZZKPP-a propisana je dužnost zakupnika da plaća naknadu za troškove korištenja zajedničkih uređaja i obavljanja zajedničkih usluga u zgradi u kojoj se nalazi poslovni prostor po njihovom dospijecu. Pri tomu se prema st. 2. smatra da naknada za te troškove nije uračunata u zakupninu, ukoliko to ugovorom nije izričito ugovoreno.¹⁷

Troškove tekućeg održavanja, a pod čime se misli na troškove čišćenja, soboslikarskih radova, sitnijih popravaka na instalacijama, snosi zakupnik, ako nije drukčije ugovoreno (čl. 18. ZZKPP). Isto tako zakupnik je sam dužan o svom trošku izvršiti popravke oštećenja poslovnog prostora koja je sam prouzročio ili su ih prouzročile osobe koje se koriste poslovnim prostorom zakupnika. Zakupnik ne odgovara za pogoršanje stanja poslovnog prostora, uređaja i opreme koje je nastalo zbog redovitog korištenja.

Jednako kao što zakupnik nema pravo vršiti preinake u poslovnom prostoru bez izričite suglasnosti zakupodavca, zakupnik također nije ovlašten poslovni prostor ili dio prostora dati u podzakup (čl. 19. st. 1. ZZKPP). Pri tomu se na ugovor o podzakupu na odgovarajući način primjenjuju odredbe Zakona koje se odnose na zakup poslovnoga prostora (st. 2.). Bitno je naglasiti da osobe, koje su sklopile ugovor o zakupu poslovnog prostora na temelju prvenstvenog prava na temelju Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihove obitelji, ne mogu dati poslovni prostor u podzakup (čl. 19. st. 3. ZZKPP).

¹⁷ „Nije ništava odredba ugovora o zakupu poslovnog prostora kojom se zakupac obvezao plaćati, pored zakupnine, iznos poreza koji inače tereti zakupodavca.“ (Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-2886/99 od 14. siječnja 2003., Izbor odluka 1/2003, sentenca 38).

Daljnja je obveza zakupnika da nakon prestanka ugovora o zakupu preda zakupodavcu poslovni prostor u stanju u kojem ga je primio, ako nije drukčije ugovoreno ili propisano (čl. 20. ZZKPP). Čini nam se korisnim da i u tom slučaju ugovorene strane sastave zapisnik kojim bi se utvrdilo stanje u kojem se poslovni prostor vraća zakupodavcu. U ovom slučaju zakupnik ima pravo odnijeti uređaje koje je ugradio u poslovni prostor, ako se time ne oštećuje poslovni prostor i ako mu to ulaganje zakupodavac nije priznao kroz smanjenje visine zakupnine (čl. 21. ZZKPP).

Glede prava i obveza ugovornih strana, odredbe čl. 8. do čl. 22. ZZPPP-a sadržajno se ne razlikuju od gore navedenih odredbi ZZKPP.

Kada se usporedbe odredbe čl. 28. do 40. ZPZP-a vidljivo je da niti tu ne postoje velike razlike u osnovnim pravima i obvezama ugovornih strana. Prema tim odredbama prava i obveze zakupodavca bile su:

- predati zakupcu poslovnu prostoriju u stanju u kojem se ona može upotrijebiti za svrhu određenu ugovorom,

- pravo održavati poslovnu prostoriju i tu svrhu izvršiti popravak te
- pravo primiti zakupninu u roku određenim ugovorom.

S druge strane zakupac je imao sljedeća prava i obveze:

- ako mu zakupodavac ne bi u roku predao poslovnu prostoriju ili mu je predao poslovnu prostoriju u stanju u kojem se ne može obavljati ugovorena djelatnost, raskinuti ugovor i tražiti naknadu štete, pod uvjetom da je zakupodavcu dao primjereni rok da otkloni nedostatke,

- na teret zakupodavca izvršiti popravke koje je bio dužan izvršiti zakupodavac, a koji to nije u danom roku učinio, te u tom slučaju odustati od ugovora, sam izvršiti popravak na teret zakupodavca, odnosno tražiti naknadu štete,

- pravo na naknadu troškova koje je imao za popravak, a koji ne pada na teret zakupca i prebijati te troškove s iznosom zakupnine,

- dopustiti zakupodavcu radnje koje zakupodavac poduzima radi popravka poslovnih prostorija,

- platiti zakupninu u vrijeme određeno ugovorom, a ako ugovorom vrijeme nije određeno, tada je zakupac dužan plaćati zakupninu mjesečno unaprijed i to najkasnije do petog dana u mjesecu,

- zakupac ima pravo poslovnu prostoriju koristiti samo u svrhu određenu ugovorom,

- zakupac je dužan plaćati naknadu za troškove korištenja zajedničkih uređaja i vršenja zajedničkih usluga,

- zakupac je dužan o svom trošku izvršiti na poslovnoj prostoriji popravke čije je poduzimanje sam uzrokovao,

- nema pravo bez odobrenja zakupodavca vršiti preinake poslovne prostorije,

- zakupac je imao pravo dati dio zakupljenih poslovnih prostorija u podzakup drugome, ako to nije ugovorom isključeno te

- po prestanku zakupa predati zakupodavcu poslovnu prostoriju u stanju u kojem ju je primio, ako drukčije nije ugovoreno.

3.2. Prestanak zakupa

Kada se govori o prestanku ugovora o zakupu, tada se razlikuju ugovor o zakupu na neodređeno vrijeme i ugovor o zakupu na određeno vrijeme.

Ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen na određeno vrijeme prestaje istekom vremena na koji je sklopljen (čl. 22. ZZKPP). To znači da nakon isteka ugovorenog vremena zakupa, zakupni odnos prestaje. Ako bi nakon toga vremena zakupnik i nadalje ostao u posjedu prostora, tada bi isti poslovni prostor koristio bez valjane osnove.

S druge strane ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen na neodređeno vrijeme prestaje otkazom (čl. 23. st. 1. ZZKPP). Prema st. 2. istoga članka taj ugovor ne može prestati na temelju otkaza prije isteka jedne godine od dana sklapanja, ako ugovorom nije drukčije određeno. ZZKPP daje mogućnost da ugovorne strane ugovore pojedine odredbe drukčije nego što je to propisano.¹⁸

Dok ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen na određeno vrijeme prestaje istekom vremena na koje je sklopljen, ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen na neodređeno vrijeme prestaje danom isteka otkaznog roka (čl. 24. st. 1. ZZKPP).¹⁹ Otkazni rok vrijeme je između dana dostave otkaza protivnoj stranci i dana kad prestaje zakup (st. 2.). Otkazni rok je 30 dana, no ugovorne strane mogu ugovoriti i drugo vremensko razdoblje. Ako nije drukčije ugovoreno, otkaz se može dati samo prvoga ili petnaestoga dana u mjesecu (st. 3. i 4.).

U čl. 25. ZZKPP-a propisan je postupak otkazivanja ugovora o zakupu sklopljenog na neodređeno vrijeme. Ovaj ugovor otkazuje se pisanim otkazom koji se dostavlja poštom preporučeno, a putem javnog bilježnika kada je ugovor potvrđen (solemniziran) po javnom bilježniku. Kada se otkaz daje putem javnog bilježnika, tada javni bilježnik sastavlja zapisnik o tome i poduzima sve radnje propisane zakonom te zapisnik ima snagu ovršne isprave. Ovrha se u tom slučaju može tražiti na temelju ugovora o zakupu i zapisnika kojeg je sastavio javni bilježnik.

Zakupodavac ima pravo otkazati ugovor o zakupu u svako doba, bez obzira na ugovorne ili zakonske odredbe o trajanju zakupa u tri slučaja:

1. ako zakupnik i poslije pisane opomene zakupodavca koristi poslovni prostor protivno ugovoru ili mu nanosi znatniju štetu koristeći ga bez dužne pažnje,
2. ako zakupnik ne plati dospjelu zakupninu, u roku od 15 dana do dana pripćenja pisane opomene zakupodavca,
3. ako zakupodavac, zbog razloga za koje nije odgovoran, ne može koristiti poslovni prostor u kojem je obavljao svoju djelatnost pa zbog toga namjerava koristiti prostor koji drži zakupnik (čl. 26. ZZKPP).

¹⁸ „Ugovor o zakupu poslovnog prostora ne može se raskinuti prostom izjavom.“ (Vrhovni sud Republike Hrvatske, REv-1485/96 od 18. travnja 2000., Izbor odluka 2/2000, sentenca 29).

¹⁹ Nakon stupanja na snagu Zakona o zakupu poslovnih prostorija (Narodne novine br. 91/96) sud više nije nadležan za provođenja postupka za otkaz ugovora o zakupu poslovnih prostorija, pa takav otkazni nalog valja odbaciti na temelju odredbe čl. 16. st. 3. ZPP. (Županijski sud u Koprivnici, Gž-322/98 od 17. svibnja 1998., Izbor odluka 1/1998, sentenca 182).

S druge strane zakupnik može otkazati ugovor o zakupu u svako doba, bez obzira na ugovorne ili zakonske odredbe o trajanju zakupa, ako zakupodavac u primjerenom roku, koji mu je zakupnik za to ostavio, ne dovede poslovni prostor u stanje u kojemu ga je dužan predati, odnosno održavati (čl. 27. ZZKPP).

I zakupodavac i zakupnik mogu u svako doba otkazati ugovor o zakupu (sklopljen na određeno ili neodređeno vrijeme), ako druga ugovorna strana ne izvršava svoje obveze utvrđene ugovorom ili Zakonom (28. ZZKPP).

I prilikom vraćanja poslovnog prostora zakupnika zakupodavcu, dakle kod prestanka ugovora o zakupu, predviđeno je da se sastavi zapisnik o stanju u kojem se prostor nalazi. No ukoliko se prilikom vraćanja zapisnik ne bi sastavio, tada se smatra da je poslovni prostor predan u ispravnom stanju (čl. 29. ZZKPP).

Do prestanka zakupa ne dolazi u slučaju kada poslovni prostor kupnjom ili po nekoj drugoj osnovi stekne treća osoba te tada ona stupa u prava i obveze zakupodavca (čl. 30. ZZKPP). Jednako tako do prestanka zakupa ne dolazi niti u slučaju ako umre zakupnik, ili se promijeni pravni položaj zakupnika, a tada nasljednici, odnosno pravni sljednici stupaju u prava i obveze zakupnika (čl. 31. ZZKPP).

Za rješavanje sporova između zakupodavca i zakupnika propisana je sudska nadležnost, a ti su postupci hitne naravi (čl. 32. ZZKPP).

Kada se usporede odredbe ZZPPP-a s gore navedenim odredbama o prestanku zakupa, može se uočiti da ne postoje velike razlike. U ranijem ZZPPP-u otkazni rok iznosio je tri mjeseca, ako nije bilo drugačije ugovoreno, a druga se razlika odnosi na činjenicu da u ranijem propisu postupci iz ugovora o zakupu nisu bili propisani kao hitni postupci, a što sada jesu.

ZPZP nešto je drugačije regulirao prestanak ugovora o zakupu. Prije svega u čl. 41. st. 1. ZPZP-a bilo je propisano da ugovor o zakupu poslovnih prostorija sklopljen na neodređeno vrijeme prestaje na osnovi otkaza, a prema st. 2. takav se ugovor ne može otkazati prije isteka godine dana od dana zaključenja ugovora. Nadalje, bilo je određeno da između dana dostave otkaza protivnoj strani i dana kada treba prestati zakupni odnos, treba proteći otkazni rok (čl. 42. ZPZP), a ako ugovorom nije drukčije određeno, otkazni rok iznosi 6 mjeseci (čl. 43. ZPZP).

Postupak otkazivanja ugovora o zakupu sklopljenog na neodređeno vrijeme išao je preko nadležnog općinskog suda, a sud je na osnovi otkaza zakupodavca izdavao otkazni nalog (čl. 45. ZPZP). U otkaznom nalogu nalagalo se zakupcu da do dana označenog u otkazu isprazni poslovne prostorije i preda zakupodavcu ili da podnese prigovor u roku od 8 dana od dana dostave otkaznog naloga. U slučaju da je podnesen prigovor zakupodavac je dobio položaj tužitelja, a zakupac položaj tuženika, te su ti sporovi bili propisani kao hitni.

Ugovor o zakupu sklopljen na određeno vrijeme prestaje istekom vremena na koje je zaključen, pa ako zakupac po isteku ugovorenog vremena ne isprazni prostorije, tada je zakupodavac imao pravo tužbom tražiti predaju ispraznjenih prostorija (čl. 47. ZPZP). Člankom 48. ZPZP-a bilo je propisano prešutno obnavljanje ugovora o zakupu sklopljenog na određeno vrijeme, pod uvjetom da je

zakupac i poslije vremena, na koje je ugovor bio sklopljen, nastavio koristiti poslovnu prostoriju, a zakupodavac se tome nije protivio. Ujedno se smatralo da se zakupodavac ne protivi korištenju poslovne prostorije zakupca, ako do isteka vremena na koje je ugovor bio zaključen, ili 15 dana po isteku toga vremena, zakupodavac nije pisano ili putem suda zahtijevao da mu zakupac preda prostorije. Kod toga se smatralo da je prešutno obnovljen ugovora o zakupu, ali sada na neodređeno vrijeme.

Posljednji način prestanka ugovora o zakupu prema ZPZP-u bio je prestanak na osnovi odustanka. Prema odredbi čl. 49. ZPZP-a zakupodavac je mogao odustati od ugovora o zakupu bilo kada, bez obzira na ugovorne i zakonske odredbe o trajanju zakupa:

- 1) ako zakupac, i poslije opomene zakupodavca, koristi poslovne prostorije protivno ugovoru ili im nanosi znatniju štetu koristeći ih bez potrebne pažnje,
- 2) ako zakupac ne plati dospjelu zakupninu ni u roku od dva mjeseca od dana priopćenja opomene zakupodavcu,
- 3) ako zakupodavac iz razloga za koji nije odgovaran ne može koristiti prostorije u kojima je vršio svoju djelatnost, pa zbog toga želi koristiti prostorije koje drži zakupac u njegovoj zgradi.

S druge strane, prema odredbi čl. 50. ZPZP-a zakupac može odustati od ugovora o zakupu u svako doba, ako zakupodavac u primjerenom roku, koji mu je zakupac za to dao nije doveo poslovne prostorije u stanje u kojima ih je dužan predati, odnosno održavati.

I prema odredbi čl. 53. ZPZP-a vidljivo je da se favorizirao zakupac. Naime, ako zakupodavac ne bi zahtijevao izvršenje (prisilno izvršenje naloga ili presude) u roku od 30 dana od dana kada je to pravo stekao, tada se ugovor o zakupu smatra prešutno obnovljenim na neodređeno vrijeme, pod istim uvjetima pod kojima je bio zaključen.

4. KUPOPRODAJA POSLOVNOG PROSTORA U VLASNIŠTVU REPUBLIKE HRVATSKE, ŽUPANIJA, GRADA ZAGREBA, GRADOVA I OPĆINA

Drugi dio ZZKPP-a odnosi se na kupoprodaju poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Raniji ZZPPP regulirao je samo prodaju poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske, a sada je to prošireno i na jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave.

Nužno je istaknuti da ZZKPP daje mogućnost da se prodaju poslovni prostori u vlasništvu države, odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne samouprave), a ne nalaže se obveza prodaje, i to sadašnjem zakupniku, odnosno korisniku poslovnog prostora.

Vidljivo da se u čl. 33. ZZKPP-a koriste dva pojma „sadašnji zakupnik“ i „sadašnji korisnik“ poslovnog prostora. Definicije tih pojmova nalazimo u odredbi čl.

2. st. 1. i 2. ZZKPP-a. Tako se pod sadašnjim zakupnikom u smislu članka 33. Zakona smatra zakupnik poslovnog prostora koji ima sklopljen ugovor o zakupu i koji obavlja u tom prostoru dopuštenu djelatnost, ako taj prostor koristi bez prekida u trajanju od najmanje 5 godina. Dakle, da bi se neka osoba mogla smatrati sadašnjim zakupnikom moraju kumulativno biti ispunjene pretpostavke da isti ima sklopljen ugovor o zakupu, da obavlja dopuštenu djelatnost i da koristi prostor neprekidno najmanje 5 godina. Pod sadašnjim korisnikom u smislu čl. 33. Zakona smatra se korisnik koji nema sklopljen ugovor o zakupu i koji obavlja dopuštenu djelatnost u tom prostoru, a protiv kojeg se ne vodi postupak radi ispražnjenja i predaje poslovnog prostora i koristi taj prostor bez prekida u trajanju od najmanje 5 godina.

Kada je navedeno da je ZZKPP-om dana mogućnost da se proda poslovni prostor u vlasništvu Republike Hrvatske, odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, to zapravo znači da o vlasniku prostora ovisi hoće li ili neće prodavati određeni poslovni prostor. Dakle, na Republici Hrvatskoj i jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave je dispozicija hoće li se ili neće prodati neki poslovni prostor, no bitno je da prodavatelji sastave popis poslovnih prostora koji će biti predmetom kupoprodaje i da isti javno objave. Naravno, da to ne znači da se popis treba odmah u cijelosti objaviti, odnosno da popis prostora koji su namijenjeni prodaji mora odmah biti cjelovit. Suprotno tomu, popis će se sukcesivno nadopunjavati, dijelom ovisno i o rješavanju imovinskopravnih odnosa glede vlasništva pojedinih prostora i drugo.

Kada se radi o poslovnim prostorima u vlasništvu Republike Hrvatske, tada će popis sastaviti Agencija za upravljanje državnom imovinom²⁰, a ti će se prostori prodavati prema Uredbi koju će donijeti Vlada Republike Hrvatske u smislu odredbe čl. 33. st. 2. ZZKPP.

Treba odmah naglasiti da je prema ranijem ZZPPP-u, i to čl. 33., bila donesena Uredba o prodaji poslovnoga prostora u vlasništvu Republike Hrvatske,²¹ te su njome bili propisani uvjeti i postupak za prodaju poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske. Prema odredbi čl. 42. st. 1. ZZKPP-a Vlada Republike Hrvatske uredbe iz čl. 33. st. 1. i 2. donijet će u roku od 60 dana od dana stupanja na snagu ZZKPP-a. Prema odredbi čl. 43. ZZKPP svi postupci započeti prema Uredbi o prodaji poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske iz 2007., a koji nisu dovršeni do stupanja na snagu ZZKPP-a, dovršit će se prema odredbama ZZKPP-a.²²

Što se tiče poslovnih prostora u vlasništvu jedinica lokalne i područne regionalne samouprave, isti se mogu prodati sadašnjem zakupniku, odnosno korisniku pod uvjetom da isti ispunjava sve svoje obveze iz ugovora o zakupu i druge financijske obveze prema jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave. Popis poslovnih prostora koji su predmet prodaje na prijedlog gradonačelnika Grada Zagreba, župana, gradonačelnika ili općinskog načelnika utvrđuje Gradska

20 Zakon o upravljanju državnom imovinom, Narodne novine br. 145/10; skraćeni naziv AUDIO.

21 Narodne novine br. 102/2007.

22 U vrijeme pisanja ovoga rada nova Uredba još nije bila donesena.

skupština Grada Zagreba, odnosno predstavničko tijelo jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave (čl. 33. st. 3. i 4. ZZKPP).

Zahtjevi za kupnju poslovnog prostora u vlasništvu javnopravnih tijela podnose se u roku od 90 dana od dana javne objave poslovnih prostora koji se prodaju. Zahtjev za kupnju poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske podnosi se AUDIO-u, dok se zahtjev za kupnju prostora u vlasništvu jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, podnosi tijelu jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave određenom propisom o ustrojstvu lokalne i područne (regionalne) samouprave (čl. 33. st. 3. i 6. ZZKPP).

ZZKPP predviđa i iznimku, pa tako prema odredbi čl. 33. st. 7. ZZKPP-a, iznimno od odredbi stavaka 1. i 4. istoga Zakona, pravo na kupnju može ostvariti zakupnik koji se nalazi u zakupnom odnosu s Republikom Hrvatskom, jedinicom lokalne i područne (regionalne) samouprave, u trajanju kraćem od pet godina pod uvjetom da je podmirio sve obveze iz ugovora o zakupu i druge financijske obveze prema jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave, a koji je:

- prije toga bio u zakupnom odnosu s jedinicom lokalne i područne (regionalne) samouprave, u ukupnom neprekinutom trajanju od najmanje 5 godina, ili

- prije toga bio u zakupnom odnosu s jedinicom lokalne i područne (regionalne) samouprave i Republikom Hrvatskom, u ukupnom neprekinutom trajanju od najmanje 5 godina, ili

- kao nasljednik obrtnika nastavio vođenje obrta ili kao član obiteljskog domaćinstva preuzeo obrt, a bio u zakupnom odnosu u ukupnom neprekinutom trajanju od najmanje 5 godina, u koje se vrijeme uračunava i vrijeme zakupa prednika, ili

- morao napustiti poslovni prostor koji je koristio, a zbog povrata toga prostora u vlasništvo prijašnjem vlasniku prema posebnom propisu, a do tada je bio u zakupnom neprekinutom trajanju od najmanje pet godina.

Isto tako iznimno od odredbe čl. 33. st. 4. ZZKPP-a, poslovni prostor u vlasništvu Republike Hrvatske i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave može prodati sadašnjem korisniku toga prostora koji u njemu obavlja dopuštenu djelatnost, a koji je taj prostor nastavio koristiti na temelju ranije sklopljenog ugovora o zakupu, a kojem je prestala valjanost (čl. 33. st. 8.). I u tom slučaju prema st. 9. istoga članka preduvjet je da je sadašnji korisnik poslovnoga prostora za cijeli period korištenja toga prostora plaćao vlasniku poslovnoga prostora naknadu za korištenje i sve troškove koji proizlaze iz korištenja toga prostora. Dana je i mogućnost da korisnik koji nije uredno plaćao naknadu za korištenje i sve troškove, to podmiri u cijelosti, uključujući i zatezne kamate, pa se u tom slučaju poslovni prostor može prodati i takvom korisniku.

Prema odredbi čl. 34. ZZKPP-a pravo na kupnju poslovnog prostora ne može ostvariti zakupnik koji je isti dao u podzakup i na temelju bilo koje druge pravne osnove prepustio korištenje poslovnoga prostora drugoj osobi. Takva je odredba sasvim razumljiva, ukoliko se vidi intencija samoga Zakona, a ta je da se omogućí obrtnicima, malim i srednjim poduzetnicima da kupe prostore koji koriste.

U pogledu cijene po kojoj se poslovni prostor prodaje, ZZKPP u čl. 35. st. 1. izričito određuje da se poslovni prostor iz čl. 1. Zakona prodaje po tržišnoj cijeni.

Iznimno, kada se prostor prodaje sadašnjem zakupniku ili sadašnjem korisniku po uvjetima iz čl. 33. Zakona, tržišna cijena umanjuje se za neamortizirana ulaganja sadašnjeg zakupnika, odnosno sadašnjeg korisnika, koja su utjecala na visinu tržišne vrijednosti poslovnoga prostora, s tim da visina ulaganja zakupnika, odnosno korisnika priznaje se najviše do 30% tržišne vrijednosti poslovnoga prostora. Sadašnjem zakupniku, odnosno korisniku neće se priznati ulaganja koja je izvršio bez dozvole zakupodavca, osim nužnih troškova, kao ni ulaganja koja je zakupodavac priznao u obliku smanjene zakupnine (čl. 35. st. 3. ZZKPP).

O tomu tko je ovlašten odrediti tržišnu cijenu i vrijednost neamortiziranih ulaganja određuje se u čl. 35. st. 4. ZZKPP-a, pa se tako navodi da to utvrđuju sudski vještaci građevinske ili arhitektonske struke, s liste ovlaštenih sudskih vještaka, a po odabiru vlasnika poslovnoga prostora. Upravo nam se u ovom dijelu čini da postoji potencijalna mogućnost problema u praksi, pogotovo ukoliko se prate neke aktualne afere, gdje su neki istaknuti političari optuženi da su oštetili državu, grad ili općinu prilikom prodaje ili zamjene nekretnina u vlasništvu jedinice lokalne samouprave, pri čemu se i optužba i obrana pozivaju na nalaze ovlaštenih sudskih vještaka. U Republici Hrvatskoj ne postoji propis koji bi određivao na koji se način vrši procjena vrijednosti nekretnina, a čini se da bi to bilo neophodno, jer nije moguće da se dva sudska vještaka, iste struke razlikuju u procjeni tržišne vrijednosti neke nekretnine za 30 ili 50%. Drugi dio problema nalazi se u načinu na koji se sada imenuju sudski vještaci. Naime, sudskog vještaka imenuje, nakon provedene edukacije i mentorstva u nekoj od udruga, predsjednik županijskog suda. Činjenica da nekom od vještaka nalaz nije prihvaćen, da je nalaz proglašen nekompetentnim i nestručnim, u pravilu nema nikakvu posljedicu na vještaka. Čini nam se da bi zakonodavac u tom dijelu trebao razmišljati o tomu da se donese poseban Zakon o sudskim vještacima, te da se razmisli o formiranju komore vještaka, koja bi vodila računa i o edukaciji vještaka, ali i o stegovnom, disciplinskom postupku, odnosno kažnjavanju vještaka.

U čl. 36. ZZKPP-a propisan je način plaćanja, odnosno što sve mora sadržavati ugovor o kupoprodaji poslovnog prostora. Bitno je da se cijena može platiti odjednom ili obročno otplatom. Kupac ima pravo izbora, pri čemu, ako se cijena plaća odjednom, tada rok za isplatu ne može biti duži od 30 dana od dana sklapanja ugovora, a ako se plaća obročno, tada rok za plaćanje ne može biti duži od 20 godina. Kod obročne prodaje ne može doći do smanjenja cijene zbog izvršenih ulaganja zakupnika, odnosno korisnika. Kamatna stopa kod obročne otplate je 4% godišnje. Prodavatelj je dužan u ugovoru o kupoprodaji poslovnog prostora uz obročnu otplatu vrijednost mjesečnog obroka vezati uz euro i to po srednjem tečaju Hrvatske narodne banke na dan uplate.

Ugovor o kupoprodaji poslovnog prostora mora posebice sadržavati izjavu kupca kojom dopušta radi osiguranja dugovanog iznosa u korist prodavatelja upis založnog prava (hipoteke) radi osiguranja dugovanog iznosa u zemljišnoj knjizi na poslovnom prostoru koji je predmet kupoprodaje obročnom otplatom. U slučaju ako se prostor prodaje prema čl. 33. ZZKPP sadašnjem zakupniku, odnosno korisniku odredbu da se kupac obvezuje da u narednih 10 godina od dana sklapanja ugovora,

neće prodavati, niti na drugi način otuđiti kupljeni poslovni prostor, te da kupcu dopušta upis zabilježbe zabrane otuđenja u zemljišnoj knjizi. Rok zabrane otuđenja odnosi se i na sklopljene ugovore o kupoprodaji s rokom obročne otplate kraćem od 10 godina. Zatim ugovor mora sadržavati odredbu o pravu nazadkupnje u slučaju ako kupac prestane obavljati djelatnost u roku od 10 godina od dana sklapanja ugovora, i to po kupoprodajnoj cijeni po kojoj je prostor prodan.

U čl. 36. st. 6. alineji b, pod trećim odjeljkom ZZKPP-a stoji da ugovor treba sadržavati – zabilježbu zabrane otuđenja poslovnoga prostora za vrijeme od 10 godina od dana sklapanja ugovora o kupoprodaji poslovnog prostora te zabilježbu prava nazadkupnje, u korist prodavatelja. Čini nam se da ugovor treba jedino sadržavati izjavu (klauzulu intabulandi) da se upiše zabilježba zabrane otuđenja, odnosno da se upiše pravo nazadkupnje u korist prodavatelja. Kod toga prema odredbi čl. 31. st. 1. ZZK u zemljišnu knjigu upisuju se samo pravo vlasništva i ostala stvarna prava, zatim pravo nazadkupa, prvokupa, najma, zakupa, kao i koncesija. Dakle, pravo nazadkupa kao obvezno pravo može se u zemljišnu knjigu uknjižiti ili predbilježiti, a ne bi se moglo zabilježiti. Prema odredbi čl. 30. st. 4. ZZK-a zabilježba je upis kojim se čine vidljivim mjerodavne okolnosti za koje je zakonom određeno da ih se može zabilježiti u zemljišnim knjigama, te se zabilježbom mogu osnivati određeni pravni učinci kada je to predviđenom zakonom. Stoga nam se čini da se pravo nazadkupa (nazadkupnje) ne bi moglo zabilježiti u zemljišnoj knjizi, već samo uknjižiti ili predbilježiti.

Ugovor o kupoprodaji poslovnoga prostora mora biti sastavljen u pisanom obliku i solemniziran od strane javnog bilježnika (čl. 36. st. 7. ZZKPP), a prodavatelj je dužan primjerak ugovora o kupoprodaji dostaviti nadležnoj poreznoj upravi (st. 8.). Ova obveza prodavatelja nam se čini nepotrebnom i to iz više razloga. Naime, već je javni bilježnik dužan, čim se radi o prometu nekretnina, primjerak ugovora dostaviti poreznoj upravi, nadalje kupac je sam dužan prijaviti kupnju, a isto tako nadležni zemljišnoknjižni sud će prilikom upisa kupca u zemljišnu knjigu dostaviti primjerak rješenja o upisu nadležnoj poreznoj upravi. U konkretnoj situaciji za istu transakciju nekretninom, porezna uprava će biti četiri puta obaviještena, što smatramo potpunom nepotrebnim.

Prema odredbi čl. 38. st. 1. ZZKPP-a odluku o kupoprodaji poslovnoga prostora donosi AUDIO, odnosno Gradska skupština Grada Zagreba, odnosno predstavničko tijelo jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave. U st. 2. istoga članka određeno je da se poslovni prostor ne može prodati fizičkoj ili pravnoj osobi koja ima dospjelu nepodmirenu obvezu prema državnom proračunu, jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave, zaposlenicima, dobavljačima, osim ako je sukladno posebnim propisima odobrena odgoda plaćanja navedenih obveza, pod uvjetom da se fizička ili pravna osoba pridržava rokova plaćanja. Na temelju odluke iz čl. 38. ZZKPP-a, AUDIO, odnosno župan, gradonačelnik Grada Zagreba, gradonačelnik, odnosno općinski načelnik i kupac sklapaju ugovor o kupoprodaji poslovnoga prostora, i to u roku od 90 dana od dana donošenja odluke.

U prijelaznim i završnim odredbama ZZKPP-a propisano je da je prihod od upravljanja poslovnim prostorima u vlasništvu Republike Hrvatske, pod čime se

misli na kupoprodajnu cijenu, zakupninu i dr., prihod državnog proračuna (čl. 40. st. 1. ZZKPP). Time se vjerojatno željelo naglasiti da to nije prihod AUDIO-a. AUDIO ima pravo na naknadu za upravljanje, prema st. 2., prema iznosu koji će odrediti Vlada Republike Hrvatske.

Člankom 41. dana je ovlast jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave da do pravomoćnog okončanja postupka koji se vode radi povrata oduzete imovine za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, poslovne prostore koji su bili u društvenom vlasništvu, a na kojima su isti imali pravo korištenja, daju u zakupu.

Odredbom čl. 44. ZZKPP-a propisano je da će se parnični i ovršni postupci koji nisu pravomoćno okončani do stupanja na snagu ovoga Zakona dovršiti prema odredbama ZZKPP-a.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Novi ZZKPP nije donio neke bitne izmjene u institut zakupa. Ono što je taj Zakon donio je mogućnost da se poslovni prostori u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave mogu prodati, ako to jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave ocijeni, dosadašnjim zakupnicima odnosno korisnicima, pod uvjetom da su isti uredno izvršavali sve svoje obveze prema državi, odnosno jedinici lokalne samouprave. Bitne novine u ZZKPP-u upravo se odnose na prodaju poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske, odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pri čemu sada Zakon ima detaljnije propisan postupak i uvjete prodaje.

Čini nam se da i dalje može biti problem u praksi procjena vrijednosti poslovnog prostora prilikom prodaje, odnosno procjena izvršenih ulaganja zakupnika, odnosno korisnika, jer u Republici Hrvatskoj ne postoji pravni propis prema kojem bi se vršila procjena vrijednosti nekretnina općenito. U tom dijelu u praksi može i nadalje biti puno prigovora, da je neki od sudskih vještaka vještačio po nečijem zahtjevu, a čemu smo svjedoci u koruptivnim aferama koje pune novinske stupce.

Isto tako mišljenja smo da dosadašnja sudska praksa u području ugovora o zakupu poslovnih prostora i nadalje će biti u primjeni, budući da se sam institut zakupa nije značajnije mijenjao novim Zakonom.

Summary

THE NEW PROVISIONS GOVERNING THE LEASE AND SALE OF BUSINESS PREMISES

The article contains an overview of provisions of the new Law on Lease and Sale of Business Premises paying special attention to new legal solutions and comparing them with the regulations previously in force. Moreover, the emphasis is given with respect to certain dilemmas which shall arise in cases in which the new Law is going to be applied.

Key words: *business premises, business room, lease contract, end of contract, lease entry in land registers, sale of business premises owned by the Republic of Croatia and by the units of local and regional self-government.*

Zusammenfassung

NEUHEITEN BEI DER PACTH UND BEIM KAUF UND VERKAUF DES GESCHÄFTSRAUMS

In der Arbeit werden die Bestimmungen des neuen Gesetzes über die Pacht, den Kauf und Verkauf des Geschäftsraums dargestellt, insbesondere dessen Neuheiten. Es werden auch neue Gesetzesbeschlüsse mit den älteren Vorschriften verglichen. Es wird auch auf bestimmte Dilemmas hingewiesen, in die man bei der Anwendung der neuen Vorschrift geraten wird.

Schlüsselwörter: *Geschäftsraum, Geschäftszimmer, Pachtvertrag, Vertragsablauf, Eintragung des Pachtverhältnisses in die Grundbücher, Verkauf des im Eigentum von Republik Kroatien und von Einheiten der lokalen und regionalen Selbstverwaltung stehenden Geschäftsraums.*

Riassunto

NOVITA' NELLA LOCAZIONE E NELLA COMPRAVENDITA DI LOCALI AD USO COMMERCIALE

Nel contributo si illustrano le disposizioni della legge sulla locazione e la compravendita di immobili ad uso commerciale con particolare attenzione per le novità che introduce; si comparano, inoltre, le nuove soluzioni giuridiche con quelle precedenti. Si evidenziano, altresì, determinate questioni che sorgeranno con l'applicazione della nuova legge.

Parole chiave: *locali ad uso commerciale, contratto di locazione, cessazione del contratto, annotazione del rapporto locatizio nei libri fondiari, vendita del locale commerciale di proprietà della Repubblica di Croazia e amministrazione locale.*

NOVO UREĐENJE PREDMETA UPRAVNOG SPORA U REPUBLICI HRVATSKOJ

mr. sc. Inga Vezmar Barlek, sutkinja
Visoki upravni sud Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 342.9(497.5)
Ur.: 20. studenoga 2011.
Pr.: 18. siječnja 2012.
Osvrt

Sažetak

U radu se obrađuju odredbe novog Zakona o upravnim sporovima kojima je normiran predmet upravnog spora. Predmet upravnog spora bitno je reformiran u odnosu na dosadašnja zakonska rješenja. Osim ocjene zakonitosti pojedinačne odluke i pravne zaštite zbog šutnje uprave u slučaju nedonošenja takve odluke (koje su kao predmet upravnog spora postojale i do sada), uvedeno je pružanje pravne zaštite i u slučaju ako je javnopravno tijelo propustilo postupiti prema propisu; upravni spor radi ocjene zakonitosti postupanja javnopravnog tijela; ocjene zakonitosti sklapanja, raskidanja i izvršavanja upravnog ugovora te ocjene zakonitosti općeg akta jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koja ima javnu ovlast i pravne osobe koja obavlja javnu službu. Uz to, tužbom se može zahtijevati odgoda izvršenja osporavane odluke, povrat stvari i naknada štete te je bitno drukčije regulirano snošenje troškova upravnog spora.

Ključne riječi: *predmet upravnog spora, pojedinačna odluka, postupanje javnopravnog tijela, šutnja uprave, upravni ugovor, opći akt, odgodni učinak tužbe, sporedna traženja, privremene mjere, troškovi spora.*

I. UVOD

Novim Zakonom o upravnim sporovima,¹ bitno je izmijenjen predmet upravnog spora. Naime prema dosadašnjem Zakonu o upravnim sporovima upravni spor se vodio radi ocjene zakonitosti konačnog upravnog akta te u slučaju kad nadležno tijelo o zahtjevu, odnosno žalbi stranke nije donijelo odgovarajući upravni akt.²

1 Narodne novine, broj 20/10. Dalje u tekstu: ZUS.

2 Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, broj 53/91., 9/92. i 77/92., članak 1., 6. i 8. Valja podsjetiti da se na temelju članka 66. Zakona o upravnim sporovima pred Upravnim

Dakle, predmet upravnog spora bio je ograničen isključivo na upravni akt i Upravni sud Republike Hrvatske³ bio je dužan odbaciti tužbu podnesenu protiv akta koji nije upravni akt, odnosno tužbu podnesenu u stvari u kojoj se niti ne donosi upravni akt.⁴

Upravni akt dosadašnjim Zakonom bio je definiran kao akt kojim državna tijela ili organizacije, u obavljanju javnih ovlasti rješavaju o stanovitom pravu ili obvezi pojedinca ili organizacije u kakvoj upravnoj stvari.⁵ Upravna stvar međutim, nije bila određena propisom, pa je zbog definiranja ovog pojma razvijena bogata upravnosudska praksa. Danas je u novom Zakonu o općem upravnom postupku⁶ svoje mjesto našla i ova definicija, o čemu će biti kasnije riječi.

Novim ZUS-om predmet upravnog spora određen je:

1. kao ocjena zakonitosti pojedinačne odluke kojom je javnopravno tijelo odlučilo o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke u upravnoj stvari (upravni akt) protiv koje nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek,

2. kao ocjena zakonitosti postupanja javnopravnog tijela iz područja upravnog prava kojim je povrijeđeno pravo, obveza ili pravni interes stranke protiv kojeg nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek,

3. kao ocjena zakonitosti propuštanja javnopravnog tijela iz područja upravnog prava da u zakonom propisanom roku odluči o pravu, obvezi ili pravnom interesu ili redovitom pravnom lijeku stranke, odnosno da postupi prema propisu,

4. kao ocjena zakonitosti sklapanja, raskidanja i izvršavanja upravnog ugovora.

Predmet je upravnog spora i ocjena zakonitosti općeg akta jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koja ima javnu ovlast i pravne osobe koja obavlja javnu službu.⁷

Dakle, sudska zaštita koja se pruža u upravnom sporu danas je proširena sukladno suvremenim trendovima upravnog prava tako da se spor više ne vodi samo protiv upravnog akta, odnosno radi propuštanja njegovog donošenja. Stoga je izmijenjena i definicija tuženika u upravnom sporu tako da je kao tuženik određeno javnopravno tijelo koje je donijelo ili propustilo donijeti pojedinačnu odluku, postupilo ili propustilo postupiti, odnosno koje je stranka upravnog ugovora.⁸

sudom Republike Hrvatske vodio i postupak radi zaštite Ustavom zajamčenih sloboda i prava u kojem se ispitalo je li podnositelju zahtjeva konačnim pojedinačnim aktom povrijeđena neka Ustavom zajamčena sloboda i pravo. Radilo se, o tzv. kvaziupravnom sporu, koji danas više ne postoji te se zaštita ustavnih sloboda i prava ostvaruje u postupku pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske.

3 Dalje u tekstu: Upravni sud.

4 Članak 30. stavak. 1. točka 2. dosadašnjeg Zakona o upravnim sporovima.

5 Članak 6. stavak. 2. dosadašnjeg Zakona o upravnim sporovima.

6 Zakon o općem upravnom postupku. Narodne novine broj 47/09. Dalje u tekstu: ZUP.

7 Članak 3. ZUS-a.

8 Članak 18. ZUS-a.

Obvezni sadržaj tužbe čini tužbeni zahtjev, a tužbeni zahtjevi kojima se ostvaruje predmet upravnog spora taksativno su propisani⁹ pa se prema tomu tužbom u upravnom sporu ne može zahtijevati nešto izvan zakonom propisanog. U sporu se odlučuje u granicama tužbenog zahtjeva kojim tužitelj može na propisani način disponirati, a tuženik ga može priznati, odnosno postupiti po njemu. Presudom u upravnom sporu odlučuje se o tužbenom zahtjevu koji se odnosi na glavnu stvar i sporedna traženja.¹⁰

II. PREDMET SPORA - POJEDINAČNA ODLUKA

Predmet spora definiran kao ocjena zakonitosti pojedinačne odluke kojom je javnopravno tijelo odlučilo o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke u pravnoj stvari (upravni akt) protiv koje nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek, znači da se tužbom u upravnom sporu može zahtijevati poništavanje ili oglašavanje ništavom pojedinačne odluke.

Radi se o aktu kojim se odlučuje o nekom pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke. U najvećem broju slučajeva to će biti rješenje budući da se o pravnoj stvari odlučuje rješenjem. Međutim posebni propisi određuju i neke druge nazive akata kojima se odlučuje u pravnoj stvari (primjerice: odluka).¹¹ Kako bi se dakle obuhvatili svi pojedinačni akti kojima se odlučuje o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke u pravnoj stvari, ZUS rabi termin «pojedinačna odluka».

Predmet upravnog spora ne može biti postupovna odluka, jer je ZUS-om propisano da će sud¹² odbaciti tužbu podnesenu protiv postupovne odluke, osim ako zakonom nije drukčije propisano.¹³

Osporavana odluka nadalje mora biti pojedinačna, što znači da se mora odnositi na pojedinačno subjektivno pravo, odnosno da se tom odlukom mora dirati u konkretno pravo ili pravni interes tužitelja. U protivnom neće biti ispunjene pretpostavke za pokretanje upravnog spora pa će sud odbaciti tužbu.¹⁴

Nadalje, mora se raditi o odluci koja je donesena u pravnoj stvari. Upravna stvar definirana je novim ZUP-om kao svaka stvar u kojoj javnopravno tijelo u upravnom postupku rješava o pravima, obvezama ili pravnim interesima fizičke ili pravne osobe ili drugih stranaka neposredno primjenjujući zakone, druge propise i opće akte kojima se uređuje odgovarajuće upravno područje.¹⁵ Dakle, da bi neka

9 Obrazloženje Konačnog prijedloga ZUS-a sa 16. sjednice Hrvatskog sabora. Mrežna stranica <http://www.sabor.hr>.

10 Članak 23. stavak 1. točka 5. u svezi s člankom 22. ZUS-a. Članak 31., 40., 41., 42. i 43. ZUS-a. Članak 55. stavak 1. ZUS-a.

11 Članak 96. ZUP-a.

12 Upravni sudovi, odnosno Visoki upravni sud Republike Hrvatske. Članak 12. stavak 1. ZUS-a.

13 Članak 30. točka 6. ZUS-a.

14 Članak 30. točka 2. ZUS-a.

15 Članak 2. ZUP-a. O tome opširnije u: Đerđa, D. (2010). Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj. Zagreb: Inženjerski biro. Str. 39. – 42.

pravna stvar bila i upravna stvar potrebno je kumulativno ispunjenje sljedećih pretpostavki: da u toj stvari postoji obveza odlučivanja javnopravnog tijela; da se rješava o pravima, obvezama ili pravnim interesima pravnog subjekta i da se rješava primjenom materijalnih propisa kojima su uređena posebna upravna područja.

Međutim, zakonodavac je kao upravnu stvar odredio i svaku stvar koja je zakonom određena kao upravna stvar, što znači kako je ostavljena mogućnost da se posebnim zakonima propiše koje se određene stvari smatraju upravnim stvarima.

I naposljetku, pred upravnim sudom može se osporiti samo pojedinačna odluka protiv koje nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek. Ukoliko je tužitelj podnio tužbu, a prethodno je propustio izjaviti redoviti pravni lijek, sud će odbaciti tužbu.¹⁶

Predmet tužbenog zahtjeva u ovom je slučaju poništavanje pojedinačne odluke koju tužitelj drži nezakonitom ili oglašavanje ništavom takve odluke, ukoliko postoje ZUP-om ili drugim zakonom propisani razlozi ništavosti. Posebno treba uočiti da na ništavost pojedinačne odluke sud pazi po službenoj dužnosti.¹⁷

Uz to, tužitelj može zahtijevati i da sud odluči o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke, a ne samo da poništi, odnosno oglasi ništavom pojedinačnu odluku. Znači tužitelj je kod ovoga predmeta upravnog spora ovlašten zahtijevati donošenje reformacijske presude.¹⁸

Ovdje valja ukazati kako je predmet spora definiran kao ocjena zakonitosti pojedinačne odluke. Međutim kod odlučivanja o tužbenom zahtjevu sudu se određuje obveza vođenja spora pune jurisdikcije (uz određene izuzetke), što implicira utvrđivanje činjenica i odlučivanje o upravnoj stvari, a ne samo zadržavanje na razini ocjene zakonitosti osporavane odluke.

Tako je propisano da će sud sam riješiti stvar ako nađe da je tužbeni zahtjev utemeljen pri čemu će poništiti pobijanu odluku. Iznimno, sud neće donijeti reformacijsku presudu kada to ne može učiniti s obzirom na prirodu stvari ili ako je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni.¹⁹

Dakle, predmet spora – u dijelu koji se odnosi na poništavanje pojedinačne odluke - novim ZUS-om definiran je kao i do sada. Međutim promijenjena je uloga suda tako da će se sada u pravilu upravni spor voditi kao spor pune jurisdikcije, a ne kao spor o ocjeni zakonitosti akta.²⁰

16 Članak 30. točka 3. ZUS-a. Prema uređenju ranijeg Zakona o općem upravnom postupku (Narodne novine, broj 53/91. i 103/96.) radilo bi se o konačnoj odluci. Institut konačnosti napušten je novim ZUP-om te sada postoji samo pojam pravomoćnosti, članak 13. ZUP-a.

17 Članak 22. stavak 2. točka 1. ZUS-a. Za ništavost vidjeti članak 128. ZUP-a. ZUP upućuje i na mogućnost propisivanja razloga ništavosti drugim zakonom. Na razloge ništavosti pojedinačne odluke sud pazi po službenoj dužnosti, članak 31. stavak 2. ZUS-a. Primjere tužbi radi poništavanja pojedinačne odluke i oglašavanja pojedinačne odluke ništavom vidi u: Galić, A. i dr. (2011). *Upravni spor u praksi*. Zagreb: Organizator. Primjeri broj 14. i 16. Primjer presude kojom se rješava takav tužbeni zahtjev vidjeti kod istih autora, primjer broj 62.

18 Članak 22. stavak 3. ZUS-a.

19 Članak 58. stavak 1. ZUS-a. Primjeri tužbi kojima se zahtijeva rješavanje upravne stvari i primjer reformacijske presude vidjeti u Galić, A. i dr. *Upravni spor u praksi*. *Op. cit.*, primjer broj 19., 20. i 63.

20 U obrazloženju Konačnog prijedloga ZUS sa 16. sjednice Hrvatskog sabora istaknuta je obveza suda da sam riješi upravnu stvar.

Sudu se sada nameće obveza odlučivanja u upravnoj stvari, pri čemu valja voditi računa da je ZUS-om propisana vezanost suda tužbenim zahtjevom, koji kod ovog predmeta upravnog spora može biti usmjeren samo na poništavanje pojedinačne odluke, ali i na traženje suda da odluči o pravu. Međutim, tužitelj uz zahtjev za poništavanje pojedinačne odluke ne mora zahtijevati o donošenju odluke o pravu.

Zbog toga je opravdano postaviti pitanje je li sud vezan tužbenim zahtjevom i u načinu rješavanja spora ili se vezanost tužbenim zahtjevom odnosi samo na opseg traženog prava (odnosno osporavane obveze) u materijalnopravnom smislu.

Iz odredbi ZUS-a kojima su normirana ovlaštenja suda kod usvajanja tužbenog zahtjeva moglo bi se zaključiti da obveza donošenja reformacijske presude postoji bez obzira je li to traženo tužbenim zahtjevom. Takvo tumačenje podržava i obrazloženje Konačnog prijedloga ZUS-a. Naime, način rješavanja spora definiran je odredbama ZUS-a koje se odnose na rješavanje tužbenog zahtjeva.

U prilog tvrdnji o obvezi suđenja u sporu pune jurisdikcije (osim u zakonom propisanim izuzecima) neovisno o tužbenom zahtjevu mogla bi poslužiti dugogodišnja praksa Upravnog suda. Naime, dosadašnji ZUS sadržavao je odredbu gotovo identičnu sadašnjoj odredbi o vezanosti suda tužbenim zahtjevom, kojom je bilo propisano kako zakonitost osporenog upravnog akta sud ispituje u granicama zahtjeva iz tužbe, ali pri tomu nije vezan razlozima tužbe. U svojoj praksi Upravni sud nije često donosio presude kojima se zamjenjuje poništeni akt, međutim kada je to činio, bilo je to neovisno o zahtjevu iz tužbe. U svakom konkretnom slučaju mogućnost zamjene poništenog upravnog akta sudskom presudom, ocjenjivala se na temelju podataka spisa.²¹

Kao protuargument tvrdnji kako se vezanost suda tužbenim zahtjevom ne odnosi na ovlaštenja suda hoće li suditi u sporu pune jurisdikcije ili će se zadržati na ocjeni zakonitosti pojedinačne odluke, svakako se može navesti kako je uopće pokretanje upravnog spora u dispoziciji tužitelja, kao i disponiranje tužbom tijekom spora. Iz toga bi se može zaključiti kako tužbenim zahtjevom tužitelj ima pravo odabrati i u kojem će se opsegu voditi spor. Osim toga odredba kojom su definirani tužbeni zahtjevi, izričito određuje mogućnost traženja spora pune jurisdikcije samo u točno određenim slučajevima.²²

Svakako je bitno ukazati da u određenim situacijama i tužbeni zahtjev kojim se zahtjeva samo poništavanje odluke može imati značenje rješavanja stvari (primjerice u inspekcijским postupcima pokrenutim po službenoj dužnosti). No kad se upravni postupak pokreće na zahtjev stranke, reformacijska presuda u pravilu znači da je sud obvezan odlučiti o pravu podnositelja zahtjeva, odnosno narediti javnopravnom tijelu donošenje sadržajno točno određene odluke. U tom slučaju kasacijska presuda

21 Članak 40. stavak 1. i članak 42. stavak 3. dosadašnjeg Zakona o upravnim sporovima. Na primjer presude broj: Us-10820/2004 od 6. rujna 2006., Us-2564/2005 od 20. ožujka 2008., Us-8318/2006 od 9. travnja 2009., Us-3374/2010 od 15. prosinca 2010. i Us-12196/2007 od 13. travnja 2011.

22 Članak 22. stavak 3. ZUS-a.

kojom se poništava nezakonita pojedinačna odluka i predmet vraća na ponovni postupak bez preciziranja sadržaja nove odluke, u pravilu ne udovoljava obvezi da sud riješi upravnu stvar.

U odnosu na vezanost suda tužbenim zahtjevom, nastavno se postavlja pitanje ima li prekoračenje tužbenog zahtjeva sudskom presudom značaj bitne povrede pravila postupka zbog koje je dopuštena žalba i može li se podnijeti žalba ako sud nije donio reformacijsku presudu, a mogao je to učiniti s obzirom na prirodu stvari?

Bitne povrede pravila sudskog postupka normirane su kao žalbeni razlog, a bitna povreda pravila sudskog postupka postoji kada upravni sud tijekom spora nije primijenio ili je nepravilno primijenio odredbe ZUS-a, a to je utjecalo na donošenje zakonite i pravilne presude.²³ Prema tomu stajalište drugostupanjskog suda - Visokog upravnog suda Republike Hrvatske,²⁴ bit će ključno za odgovor na postavljena pitanja.

III. PREDMET SPORA - POSTUPANJE JAVNOPRAVNOG TIJELA

Ocjena zakonitosti postupanja javnopravnog tijela novost je u upravnom sporu. U obrazloženju Konačnog prijedloga ZUS-a navodi se da je ovakvim proširenjem predmeta upravnog spora pravnim subjektima pružena sveobuhvatna sudska zaštita te se obrazlaže kako je pravna zaštita od postupanja javnopravnih tijela i zaštita od postupanja pružatelja javnih usluga osigurana odredbama novog ZUP-a,²⁵ međutim može se pokazati nedostatnom ili neučinkovitom pa je to valjalo učiniti i u upravnosudskom postupku.

Postupanje javnopravnog tijela znači postupanje iz područja upravnog prava koje se ne poduzima u okviru upravne djelatnosti uprave i o postupanju se ne donosi rješenje.²⁶ Kada bi se, naime donosilo rješenje, tada bi stranka imala pravo izjaviti pravni lijek - žalbu (ako se radi o prvostupanjskom tijelu), o kojoj bi nadležno tijelo moralo odlučiti, što bi u konačnici dovelo do upravnog spora radi poništavanja pojedinačne odluke kojom se rješava žalba.

S stajališta dopustivosti pokretanja upravnog spora nužno je da je tužitelju takvim postupanjem povrijeđeno pravo, obveza ili pravni interes, a protiv toga postupanja nije dopušteno izjaviti redovni pravni lijek. U slučaju ako prethodne pretpostavke nisu ispunjene, sud će odbaciti tužbu bez upuštanja u njezinu utemeljenost.²⁷

Ovdje svakako valja uočiti kako je predmet upravnog spora normiran kao ocjena zakonitosti postupanja, dok se tužbenim zahtjevom može zahtijevati

23 Članak 66. stavak 3. ZUS-a.

24 Dalje u tekstu: Visoki upravni sud.

25 Sedmi dio ZUP-a.

26 O tome opširnije u: Đerđa, D. Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj. *Op. cit.*, str. 340. – 350. Primjer tužbe radi postupanja javnopravnog tijela (razmatranje prijave na natječaj u državnu službu) vidi u Galić, A. i dr. Upravni spor u praksi. *Op. cit.*, primjer broj 24.

27 Članak 30. točka 2. i 3. ZUS-a.

postupanje koje je tuženik sukladno propisima ili pojedinačnoj odluci obavezan izvršiti.²⁸ Dakle, promatrajući definiciju predmeta upravnog spora može se zaključiti kako je propisana mogućnost ocjene zakonitosti već poduzetog postupanja. Tako je propisano i da se uz tužbu prilaže dokaz o postupanju.²⁹ Međutim norma koja taksativno određuje vrste tužbenih zahtjeva u upravnom sporu, daje tužitelju jedino mogućnost zahtijevanja postupanja koje je tuženik obavezan izvršiti. Slijedi da se tužbenim zahtjevom može zahtijevati poduzimanje postupanja kad je javnopravno tijelo propustilo postupiti po propisu ili pojedinačnoj odluci, no ostaje upitnim postavljanje tužbenog zahtjeva kojim bi se tražila ocjena zakonitosti postupanja koje je dovršeno.

Ocijeniti zakonitost dovršenog postupanja moglo bi se eventualno kroz tužbeni zahtjev za poništavanje pojedinačne odluke, jer osoba koja smatra da su joj postupanjem povrijeđena prava ili pravni interesi može izjaviti prigovor; novi pravni lijek uveden ZUP-om (ukoliko posebni propis ne propisuje nešto drugo). Naime, protiv rješenja prvostupanjskog tijela o prigovoru može se izjaviti žalba, a protiv rješenja drugostupanjskog tijela o prigovoru može se pokrenuti upravni spor. Ako nema drugostupanjskog tijela, protiv rješenja o prigovoru može se pokrenuti upravni spor.³⁰

Na normu o tužbenom zahtjevu podnesenom radi poduzimanja postupanja nadovezuje se i odredba o ovlastima suda prilikom usvajanja tužbenog zahtjeva pa je određeno da će sud ako utvrdi da tuženik nije postupio sukladno propisima, presudom usvojiti tužbeni zahtjev i narediti postupanje u primjerenom roku.³¹ I ovdje se, dakle imalo na umu propušteno, a ne poduzeto postupanje pa se može zaključiti da se pravna zaštita od poduzetih nezakonitih postupanja ostvaruje kroz osporavanje zakonitosti pojedinačne odluke, dok se norma o posebnom tužbenom zahtjevu koji se odnosi na postupanja u praksi može ostvariti samo u odnosu na propušteno postupanje.

Ovdje valja izdvojiti zaštitu prava korisnika javnih usluga koji ako smatra da su postupanjem pružatelja javnih usluga povrijeđena njegova prava ili pravni interesi, može izjaviti prigovor radi zaštite svojih prava, odnosno pravnih interesa tijelu nadležnom za provedbu nadzora nad obavljanjem tih javnih usluga. U tom slučaju o prigovoru se ne odlučuje rješenjem, nego će se korisnik obavijestiti o mjerama poduzetim povodom prigovora. Ako korisnik usluga nije zadovoljan poduzetim mjerama ili u propisanom roku nije obaviješten o poduzetim mjerama, može pokrenuti upravni spor.³² Tužbeni zahtjev mogao bi dakle biti usmjeren na poduzimanje postupanja ako korisnik javnih usluga traži poduzimanje određenih mjera.

28 Članak 3. stavak 1. točka 2. i članak 22. stavak 2. točka 3. ZUS-a.

29 Članak 23. stavak 4. prva rečenica ZUS-a. Druga rečenica iste odredbe propisuje obavezan sadržaj tužbe koja se podnosi radi poduzimanja postupanja pa se takvoj tužbi prilaže dokaz o trenutku podnošenja zahtjeva za postupanjem.

30 Članak 155. do 157. i članak 122. ZUP-a.

31 Članak 58. stavak 4. ZUS-a.

32 Članak 157. i 158. ZUP-a.

IV. PREDMET SPORA - ŠUTNJA UPRAVE

Predmet upravnog spora koji se odnosi na šutnju uprave određen je kao ocjena zakonitosti propuštanja javnopravnog tijela iz područja upravnog prava da u zakonom propisanom roku odluči o pravu, obvezi ili pravnom interesu ili redovitom pravnom lijeku stranke, odnosno da postupi prema propisu.³³

IV.1. Nedonošenje pojedinačne odluke

Pravna zaštita koju je pravni subjekt ovlašten zahtijevati zbog propuštanja uprave da u zakonom propisanom roku donese traženu odluku (prvostupanjsku ili/i drugostupanjsku), nije novost u hrvatskom upravnom sporu jer je takva vrsta sudske zaštite postojala i do sada.

Novim ZUS-om pojednostavljene su procesne pretpostavke koje moraju biti ispunjene za dopuštenost upravnog spora koji se vodi zbog šutnje uprave. Tako se sada, uz protek zakonom propisanog roka za donošenje rješenja, više ne traži podnošenje posebne požurnice, odnosno ponovljenog traženja javnopravnom tijelu da odluči o zahtjevu, odnosno o žalbi.

Rokovi za donošenje rješenja propisani su ZUP-om te u slučaju donošenja prvostupanjskog rješenja iznose 30, odnosno 60 dana od dana podnošenja urednog zahtjeva, ovisno o tome rješava li se upravna stvar neposredno ili vođenjem ispitnog postupka. Pojedini materijalni zakoni propisuju i drukčije rokove za donošenje rješenja (primjerice čl. 116. Zakona o prostornom uređenju i gradnji - Narodne novine, broj 76/07., 38/09., 55/11. i 90/11., propisuje rok od 30 dana za izdavanje lokacijske dozvole, osim ako dozvolu izdaje nadležno ministarstvo). Za rješavanje žalbe propisan je rok od 60 dana od dana predaje uredne žalbe, ako posebnim zakonom nije propisan kraći rok. U navedenim rokovima rješenje se mora donijeti i dostaviti stranci, neovisno o tomu radi li se o prvostupanjskom ili drugostupanjskom rješenju.³⁴

Nakon što protekne rok za donošenje odluke stranka je ovlaštena zatražiti zaštitu pred upravnim sudom, ali tek nakon proteka najmanje osam dana od proteka roka za donošenje odluke.³⁵ Ovdje valja ukazati na dugogodišnju praksu Upravnog suda prema kojoj sve procesne pretpostavke za pokretanje upravnog spora zbog šutnje uprave moraju biti postupno ispunjene. To znači da se kod podnošenja tužbe zbog šutnje uprave moraju postupno poštivati svi propisani rokovi, što tužitelj mora dokazati prilaganjem dokaza uz tužbu. U protivnom će sud tužbu odbaciti kao prijevremenu.³⁶

33 Članak 3. stavak 1. točka 3. ZUS-a.

34 Članak 101. i 121. ZUP-a. O tome opširnije u: Đerđa, D. Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj. *Op. cit.*, str. 223. – 229.

35 Članak 24. stavak 2. ZUS-a. Primjeri tužbi i presuda radi šutnje uprave vidi u Galić, A. i dr. Upravni spor u praksi. *Op. cit.*, primjer broj 17., 18., 64. i 65.

36 Članak 23. stavak 4. i članak 30. točka 1. ZUS-a.

Tužbeni zahtjev u slučaju nedonošenja pojedinačne odluke usmjeren je na donošenje odluke, a istodobno se može zahtijevati od suda i da odluči o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke. Dakle, tužitelj je i u slučaju šutnje uprave ovlašten zahtijevati donošenje reformacijske presude, koju je sud obvezan donijeti osim kada to ne može učiniti s obzirom na prirodu stvari ili se radi o rješavanju po slobodnoj ocjeni. U tom slučaju će tuženiku narediti donošenje odluke i za to mu odrediti primjereni rok.³⁷

IV.2. Propuštanje postupanja

U odnosu na predmet upravnog spora kojim se traži aktivnost uprave novost je da se pravna zaštita pruža i u odnosu na propuštanje postupanja koje je tuženik obvezan izvršiti. O tomu je već bilo riječi ranije, a ovdje valja dodati kako je odredbom kojom se normira obvezni sadržaj tužbe propisano da pri pokretanju spora zbog propuštanja postupanja, tužbi treba priložiti i dokaz o trenutku podnošenja zahtjeva za postupanjem.³⁸

Tužba se podnosi najranije osam dana nakon proteka roka propisanog za poduzimanje postupanja. Njome se zahtijeva poduzimanje postupanja koje je tuženik sukladno propisima ili pojedinačnoj odluci obvezan izvršiti. U slučaju osnovanosti tužbe sud će tuženiku narediti postupanje u primjerenom roku.³⁹

V. PREDMET SPORA - UPRAVNI UGOVOR

Upravni ugovor novi je institut u hrvatskom upravnom pravu, normiran općim postupovnim zakonom - ZUP-om i propisima kojima su uređena posebna upravna područja.

Radi se o ugovoru koji sklapaju javnopravno tijelo i stranka kao sredstvo uređenja izvršavanja prava i obveza o kojima je odlučeno rješenjem. Ugovor se, dakle, sklapa nakon završetka upravnog postupka. Iako se radi o ugovornom odnosu, položaj ugovornih stranaka nije potpuno ravnopravan, jer javnopravno tijelo nastupa s nadređenog položaja u zaštiti javnog interesa.⁴⁰

Određena pitanja vezana uz upravne ugovore u nadležnosti su upravnih sudova, pa je kao predmet upravnog spora predviđena ocjena zakonitosti sklapanja, raskidanja i izvršavanja upravnog ugovora.⁴¹

Kad se takvo određenje predmeta upravnog spora dovede u vezu s normom kojom su propisane vrste tužbenih zahtjeva te odgovarajućim odredbama ZUP-a o

37 Članak 22. stavak 3. i članak 58. stavak 3. ZUS-a.

38 Članak 23. stavak 4. ZUS-a.

39 Članak 24. stavak 2. ZUS-a. Članak 22. stavak 2. točka 3. i članak 58. stavak 4. ZUS-a.

40 O tome opširnije u: Đerđa, D. Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj. *Op. cit.*, str. 326. – 338.

41 Članak 3. stavak 1. točka 4. ZUS-a.

upravnim ugovorima, dolazi se do zaključka da se dio tužbenih zahtjeva vezan uz upravne ugovore zapravo ostvaruje kroz poništavanje pojedinačne odluke (zakonitost sklapanja i raskid ugovora; s tim da se uz poništavanje pojedinačne odluke može zahtijevati i izvršavanje obveze iz upravnog ugovora) - dakle uz prethodno vođenje upravnog postupka koji završava donošenjem pojedinačne odluke. Samo tužbeni zahtjev kojim se zahtijeva oglašavanje ništetnim upravnog ugovora ostvaruje se isključivo pred upravnim sudom.⁴²

V.1. Ocjena zakonitosti sklapanja upravnog ugovora

Budući da se upravni ugovor sklapa radi izvršenja prava i obveza utvrđenih u rješenju kojim je riješena upravna stvar,⁴³ a imajući u vidu ZUS-om propisane vrste tužbenih zahtjeva, zakonitost sklapanja takvog ugovora mogla bi se ispitati podnošenjem tužbe kojom se zahtijeva poništavanje rješenja radi izvršavanja kojeg je ugovor sklopljen. ZUS naime ne propisuje mogućnost podnošenja tužbenog zahtjeva kojim bi se od suda zasebno tražila ocjena zakonitosti sklapanja ugovora. Dalo bi se stoga zaključiti kako bi se o tomu moglo raspravljati kroz ocjenu zakonitosti rješenja radi izvršavanja kojeg je ugovor sklopljen.⁴⁴

S tim u vezi valja napomenuti da tužitelj u upravnom sporu može biti fizička ili pravna osoba koja smatra da su joj prava i pravni interesi povrijeđeni, između ostalog, pojedinačnom odlukom ili sklapanjem, raskidom ili izvršavanjem upravnog ugovora. Tužitelj nadalje može biti i javnopravno tijelo koje je sudjelovalo ili je trebalo sudjelovati u donošenju odluke ili sklapanju upravnog ugovora.⁴⁵

Slijedi da bi tužitelj u takvom upravnom sporu mogla biti i treća osoba (koja nije stranka ugovora) ako dokaže da joj je povrijeđeno određeno pravo ili pravni interes, ali isto tako i javnopravno tijelo koje je trebalo sudjelovati u sklapanju upravnog ugovora. No, tuženik može biti samo javnopravno tijelo, dok je drugu ugovornu stranu (fizičku ili pravnu osobu) u spor moguće uključiti samo kao zainteresiranu osobu.

V.2. Raskid upravnog ugovora

Predmet upravnog spora koji se odnosi na raskid upravnog ugovora riješen je slično kao i sklapanje upravnog ugovora te se pravna zaštita u tom upravnom sporu u biti ostvaruje kroz tužbeni zahtjev kojim se traži poništavanje pojedinačne odluke.

42 Primjeri tužbi i presuda koje se odnose na upravni ugovor vidi u Galić, A. i dr. *Upravni spor u praksi. Op. cit.*, primjer broj 21., 22., 23., 66., 67. i 68.

43 Članak 150. stavak 1. ZUP-a.

44 Moguća je situacija da je zakonito rješenje radi izvršavanja kojeg je ugovor sklopljen, ali da je pri sklapanju ugovora odstupljeno od rješenja, što dovodi do tužbenog zahtjeva za oglašavanje ništetnim upravnog ugovora. Vidi pod *V.4. Oglašavanje ništetnim upravnog ugovora.*

45 Članak 17. stavak 1. i 3. ZUS-a.

ZUP-om su naime propisani razlozi zbog kojih javnopravno tijelo obvezno raskida upravni ugovor, odnosno razlozi kada to može učiniti, a ugovor se raskida rješenjem protiv kojeg je dopušteno pokrenuti upravni spor.⁴⁶ Radi se o jednostranom raskidu ugovora iz čega je vidljiva neravnopravnost stranaka upravnog ugovora, jer je javnopravno tijelo nadređeno stranci s kojom je sklopilo ugovor.

Tužbom u upravnom sporu može se zahtijevati poništavanje rješenja o raskidu ugovora. S obzirom na to da se radi o tužbenom zahtjevu radi poništavanja pojedinačne odluke, tužitelj može zahtijevati i da sud odluči o pravu, obvezi ili pravnom interesu.⁴⁷

Da se pravna zaštita zbog raskida upravnog ugovora ostvaruje podnošenjem tužbenog zahtjeva za poništavanje rješenja o raskidu upravnog ugovora, proizlazi i iz odredbe kojom su propisane ovlasti suda kod usvajanja tužbenog zahtjeva. Propisano je da će sud, ako utvrdi da je javnopravno tijelo nezakonito raskinulo upravni ugovor, presudom usvojiti tužbeni zahtjev i poništiti odluku o raskidu upravnog ugovora.⁴⁸ Takva odluka u biti će značiti rješavanje upravne stvari, jer je njezina posljedica daljnje postojanje upravnog ugovora.

Kako se radi o jednostranom raskidu upravnog ugovora od javnopravnog tijela, tužitelj u takvom upravnom sporu bit će druga ugovorna strana, jer javnopravno tijelo ne bi moglo imati pravni interes za podnošenje takve tužbe.

V.3. Izvršavanje obveze iz upravnog ugovora

Izvršavanje obveze iz upravnog ugovora pojavit će se kao predmet upravnog spora u slučaju ako ugovornu obvezu nije izvršilo javnopravno tijelo. Zbog toga što činjenica ako ugovornu obvezu ne ispunjava stranka daje ovlaštenje javnopravnom tijelu na jednostrani raskid upravnog ugovora. U tom se slučaju kao predmet upravnog spora pojavljuje ranije spomenuti tužbeni zahtjev za poništavanje rješenja o raskidu upravnog ugovora.

Međutim, ukoliko javnopravno tijelo ne ispunjava ugovornu obvezu, ZUP stranci daje mogućnost izjavljivanja prigovora, devolutivnog pravnog lijeka koji se izjavljuje tijelu koje obavlja nadzor nad javnopravnim tijelom s kojim je stranka sklopila upravni ugovor.⁴⁹

O prigovoru se odlučuje rješenjem protiv kojeg se može pokrenuti upravni spor, što znači da će se ponovno raditi o tužbenom zahtjevu za poništavanje rješenja kojim je odlučeno o prigovoru. Uz to tužitelj može tražiti i da upravni sud naredi izvršavanje ugovorne obveze, a sud će, ako utvrdi da tuženik nije postupio sukladno upravnom ugovoru, presudom usvojiti tužbeni zahtjev i narediti postupanje u primjerenom roku.⁵⁰ Iako je tužbeni zahtjev kojim se zahtijeva izvršavanje ugovorne

46 Članak 153. ZUP-a.

47 Članak 22. stavak 2. točka 1. i stavak 3. ZUS-a.

48 Članak 58. stavak 6. ZUS-a.

49 Članak 154. ZUP-a.

50 Članak 22. stavak 2. točka 1. i 4. i članak 58. stavak 4. ZUS-a.

obveze propisan kao samostalni tužbeni zahtjev, faktično se može istaknuti samo uz zahtjev za poništavanje rješenja o prigovoru. Tužbeni zahtjev kojim se zahtijeva izvršavanje ugovorne obveze sam po sebi nema smisla ukoliko se ne ospori i zakonitost rješenja o prigovoru stranke da javnopravno tijelo ne izvršava ugovorne obveze. Dakle da bi se moglo narediti izvršavanje ugovorne obveze potrebno je prije svega poništiti nezakonito rješenje kojim je prigovor odbijen.

Tužitelj kod ovoga predmeta upravnog spora, osim stranke koja je podnijela prigovor, moglo bi biti i javnopravno tijelo – stranka ugovora (u slučaju ako je stranka uspjela s prigovorom).⁵¹ Tužbeni zahtjev na izvršavanje obveze iz upravnog ugovora faktički će podnijeti samo druga ugovorna strana, jer se ovdje radi o situaciji neispunjavanja ugovornih obveza javnopravnog tijela.

V.4. Oglašivanje ništetnim upravnog ugovora

Razlozi ništetnosti upravnog ugovora propisani su ZUP-om pa je tako upravni ugovor ništetan ako je protivan rješenju radi izvršenja zbog kojeg je sklopljen i iz razloga ništetnosti propisanih zakonom koji uređuje obvezne odnose.⁵²

Ovaj predmet upravnog spora ostvaruje se pred upravnim sudom bez prethodnog provođenja upravnog postupka u kojem bi se donijela pojedinačna odluka. Tužbom se zahtijeva oglašivanje ništetnim upravnog ugovora, a ako sud utvrdi da je upravni ugovor ništetan, presudom će usvojiti tužbeni zahtjev i ugovor oglasiti ništetnim.⁵³

U vezi s ostvarivanjem ovoga tužbenog zahtjeva postavlja se pitanje tko može biti tužitelj. ZUP-om je, naime, propisano da ništetnost upravnog ugovora utvrđuje sud nadležan za upravne sporove na temelju tužbe stranke ili javnopravnog tijela, što znači da je ZUP-om aktivna legitimacija ograničena samo na ugovorne strane.⁵⁴

Međutim, promatrajući definiciju tužitelja iz ZUS-a te odredbu ZUS-a prema kojoj na ništetnost upravnog ugovora sud pazi po službenoj dužnosti, opravdano je očekivati da će se kao tužitelj pojaviti i treća osoba. Pri tomu se može postaviti pitanje mora li ta osoba dokazati da joj je sklapanjem ili izvršavanjem upravnog ugovora povrijeđeno pravo ili pravni interes, ponovno iz razloga jer na ništetnost upravnog ugovora sud pazi po službenoj dužnosti. I o ovim problemima valja pričekati sudsku praksu. Ako treća osoba podnese tužbu kojom se zahtijeva da sud utvrdi ništetnost upravnog ugovora, tuženik bi moglo biti samo javnopravno tijelo, a stranka koja je s javnopravnim tijelom sklopila upravni ugovor imala bi položaj zainteresirane osobe u sporu.⁵⁵

51 Članak 17. stavak 3. ZUS-a.

52 Članak 151. stavak 1. i 2. ZUP-a.

53 Članak 22. stavak 2. točka 4. i članak 58. stavak 5. ZUS-a.

54 Članak 151. stavak 4. ZUP-a.

55 Tužitelj u upravnom sporu, članak 17. ZUS-a. Tuženik u upravnom sporu, članak 18. ZUS-a. Zainteresirana osoba, članak 19. ZUS-a. Na razloge ništetnosti upravnog ugovora sud pazi po službenoj dužnosti, članak 31. stavak 2. ZUS-a.

VI. PREDMET SPORA - OPĆI AKT

Novim ZUS-om kao predmet upravnog spora uvedena je i ocjena zakonitosti općeg akta. Radi se o općim aktima koji nemaju pravni karakter propisa, što znači da ocjena njihove zakonitosti nije u nadležnosti Ustavnog suda Republike Hrvatske.⁵⁶

ZUS-om nije definirano što je opći akt. Dani su samo neki elementi za određivanje toga pojma pa je propisano da se radi o aktu jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koja ima javnu ovlast i pravne osobe koja obavlja javnu službu.⁵⁷ Dakle u odnosu na donositelja općeg akta, što je jedan od elementa potrebnih za definiranje općeg akta, ne bi trebalo biti posebnih poteškoća u određivanju toga pojma. Međutim može se postaviti pitanje jesu li svi akti ZUS-om predviđenih donositelja ujedno i opći akti. Primjerice Zakonom o prostornom uređenju i gradnji⁵⁸ propisano je da se dokumenti prostornog uređenja donose na državnoj razini i kao prostorni planovi na područnoj (regionalnoj) i lokalnoj razini, a imaju snagu i pravnu prirodu podzakonskoga propisa.

U definiranju je li neki akt „drugi propis“ u smislu Ustava Republike Hrvatske ili se radi o općem aktu, vrlo vjerojatno će u sudskoj praksi doći do određenih poteškoća te kao pomoć za određivanje ovog pojma može poslužiti praksa Ustavnog suda, posebice u slučajevima u kojima je taj sud odbacio prijedloge za ocjenu ustavnosti i zakonitosti općih akata uz obrazloženje da se ne radi o propisu.⁵⁹

O ovom predmetu upravnog spora odlučivat će se isključivo pred Visokim upravnim sudom, a ne i pred prvostupanjskim upravnim sudovima.⁶⁰ U tom slučaju spor se ne pokreće tužbom, već zahtjevom koji su ovlašteni podnijeti fizička ili pravna osoba ili skupina osoba povezanih zajedničkim interesom ako je pojedinačnom odlukom javnopravnog tijela koja se temelji na općem aktu došlo do povrede njihova prava ili pravnog interesa i to roku od 30 dana od dostave pojedinačne odluke. Postupak ocjene zakonitosti općeg akta Visoki upravni sud može pokrenuti i po službenoj dužnosti ili na zahtjev nekog drugog suda.⁶¹

Fizičke ili pravne osobe te skupine osoba koje podnose takav zahtjev moraju dokazati pravni interes za ovaj spor, odnosno učiniti vjerojatnim da je pojedinačnom odlukom utemeljenom na općem aktu došlo do povrede prava ili pravnog interesa.⁶²

Dakle, podnositelj zahtjeva mora imati pojedinačnu odluku, utemeljenu na općem aktu, kojom je vjerojatno povrijeđeno neko njegovo pravo ili pravni interes.

56 Obrazloženje Konačnog prijedloga ZUS sa 16. sjednice Hrvatskog sabora. Članak 125. alineja 2. Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, broj 56/90., 135/97., 113/00., NN 28/01. i NN 76/10., redakcijski pročišćeni tekst - mrežna stranica <http://www.usud.hr>). Dalje u tekstu: Ustavni sud.

57 Članak 3. stavak 2. ZUS-a.

58 Članak 54. stavak 2. i 3. Zakona o prostornom uređenju i gradnji. Narodne novine, broj 76/07., 38/09., 55/11. i 90/11.

59 Vidi Omejec, J. (2009.) O potrebnim promjenama u strukturi hrvatskog ustavnog sudovanja (prilog reformi ustavnog sudovanja). Zagreb: HAZU, str. 59. - 64.

60 Članak 12. stavak 3. točka 2. ZUS-a.

61 Članak 83. ZUS-a.

62 Članak 84. stavak 2. ZUS-a.

Tek konkretna pojedinačna odluka daje legitimaciju za podnošenje zahtjeva za ocjenu zakonitosti općeg akta. U tom smislu može se postaviti pitanje je li se to moglo normirati i drukčije, primjerice da podnositelj zahtjeva dokaže kako ima pravni interes za osporavanje zakonitosti određenog općeg akta, bez da ga se prethodno upućuje u postupak ishoda pojedinačne odluke koja očigledno neće biti povoljna za njega.

U slučaju da Visoki upravni sud ukine opći akt, podnositelj zahtjeva ima pravo nadležnom javnopravnom tijelu podnijeti zahtjev za izmjenu pojedinačne odluke kojom je povrijeđeno njegovo pravo ili pravni interes. Izmjena odluke provodi se odgovarajućom primjenom odredbi o obnovi upravnog postupka.⁶³ Dakle, samo osoba koja je podnijela zahtjev za ocjenu zakonitosti općeg akta ovlaštena je tražiti izmjenu pojedinačne odluke donesene na temelju ukinutog općeg akta. Druge osobe koje možda također imaju pojedinačnu odluku donesenu na temelju nezakonitog općeg akta, nisu ovlaštene tražiti izmjenu takve odluke.

VII. ODGODNI UČINAK TUŽBE, SPOREDNA TRAŽENJA, PRIVREMENE MJERE I TROŠKOVI SPORA

Vezano uz novo uređenje predmeta upravnog spora valja spomenuti još i određene novosti koje se redovito zahtijevaju ili predlažu tužbenim zahtjevom, odnosno ističu uz glavni zahtjev.

VII.1. Odgodni učinak tužbe

Kao i do sada, tužba u upravnom sporu u pravilu nema odgodni učinak, ali je posebnim zakonom moguće propisati da tužba ima odgodni učinak.⁶⁴

Novost u upravnom sporu je da sud može odlučiti da tužba ima odgodni učinak, ako su kumulativno ispunjene ZUS-om propisane pretpostavke. To su: ako bi se izvršenjem pojedinačne odluke ili upravnog ugovora tužitelju nanijela šteta koja bi se teško mogla popraviti, ako zakonom nije propisano da žalba ne odgađa izvršenje pojedinačne odluke, a odgoda nije protivna javnom interesu.⁶⁵ U dosadašnjem upravnom sporu Upravni sud nije imao ovlasti odlučiti da tužba ima odgodni učinak.

ZUS nije propisao da se odgodni učinak tužbe može uspostaviti isključivo na prijedlog tužitelja, ali je jedna od pretpostavki za uspostavu odgodnog učinka vjerojatnost nastupa štete upravo na strani tužitelja. Stoga je za očekivati da će se pretežito i raditi upravo o prijedlogu tužitelja u sporovima koji se vode radi

63 Članak 87. ZUS-a.

64 Članak 26. stavak 1. ZUS-a. Obrazloženje Konačnog prijedloga ZUS sa 16. sjednice Hrvatskog sabora.

65 Članak 26. stavak 2. ZUS-a. Primjer tužbe kojom se predlaže uspostava odgodnog učinka vidi u Galić, A. i dr. Upravni spor u praksi. *Op. cit.*, primjer broj 19.

poništanja pojedinačnih odluka kojima je tužitelju nametnuta neka obveza. Iako bi se možda, za sada samo hipotetski, moglo postaviti i pitanje dopustivosti takvog prijedloga drugih stranaka u sporu (zainteresirane osobe i tuženika).

VII.2. Sporedna traženja

ZUS-om je propisano da se uz glavni zahtjev tužbom može zahtijevati povrat stvari i naknada štete koju je počinio tuženik.⁶⁶

Ova mogućnost do sada bila je propisana samo u slučaju ako je Upravni sud poništio osporavani upravni akt, pod uvjetom da se o tomu moglo riješiti na temelju podataka postupka. U protivnom zahtjev se ostvarivao u parnici.⁶⁷ Ovo je bilo logično rješenje s obzirom na to da se dosadašnji upravni spor vodio prvenstveno kao spor o ocjeni zakonitosti upravnog akta, a ne kao spor pune jurisdikcije u kojem se odlučuje o pravu stranke.

S obzirom na bitno izmijenjenu koncepciju novog upravnog spora, u kojem će upravni sud samostalno utvrđivati činjenično stanje u pravilu na temelju javne, usmene rasprave, tužitelju je dana mogućnost da uz glavni zahtjev ostvari i određena sporedna traženja.

U odnosu na naknadu štete trebalo bi primijeniti odgovarajuće odredbe Zakona o obveznim odnosima,⁶⁸ budući da je ta materija regulirana tim zakonom. Utoliko je upitna nužnost odredbe ZUS-a kojom je propisano da će sud odbiti tužbeni zahtjev glede naknade štete i povrata stvari, ako utvrdi da je tužitelj svojim postupanjem prouzročio štetu ili pridonio nastanku takve štete.⁶⁹ Primjena ZOO-a ima za posljedicu da je i upravnom sporu moguće zahtijevati kamate, koje su dakle još jedno sporedno traženje o kojem odlučuje upravni sud.

Bitno je istaknuti da zahtjev o sporednim traženjima mora biti sadržan u tužbi, što je izričito propisano, a sud odlučuje o naknadi štete i povratu stvari u okviru tužbenog zahtjeva. S obzirom na izričitu odredbu kako takav zahtjev mora biti sadržan u tužbi te odredbu kojom je određeno da će sud u okviru tužbenog zahtjeva odlučiti i o naknadi štete, nejasna je norma kojom se još dodatno propisuje kako će sud kad utvrdi da je upravni ugovor nezakonito raskinut ili ništetan, odlučiti i o naknadi štete. Nije li i taj slučaj normiran odredbom kojom se općenito određuje da će sud odlučiti i o naknadi štete? Nameće se naime pitanje znači li to kako će sud u slučajevima nezakonitog raskida upravnog ugovora, odnosno u slučaju utvrđivanja njegove ništetnosti, odlučiti o naknadi štete bez da je to zatraženo tužbenim zahtjevom? Takvo stajalište bi se teško moglo obraniti imajući na umu cjelokupno uređenje upravnog spora (vezanost suda tužbenim zahtjevom i obvezu isticanja sporednih traženja već u tužbi).⁷⁰

66 Članak 22. stavak 4. ZUS-a.

67 Članak 42. stavak 4. dosadašnjeg Zakona o upravnim sporovima.

68 Narodne novine, broj 35/05. i 41/08. Dalje u tekstu: ZOO.

69 Članak 59. stavak 3. ZUS-a.

70 Članak 23. stavak 2. i članak 59. ZUS-a. Primjeri tužbi sa zahtjevima za naknadu štete,

VII.3. Troškovi spora

Troškovi spora bi se po svojoj pravnoj naravi također mogli svrstati u sporedna traženja u upravnom sporu, jer se ostvaruju uz glavni zahtjev. U dosadašnjem upravnom sporu svaka je stranka snosila svoje troškove⁷¹ pa Upravni sud do sada nije strankama dosuđivao trošak spora.

Međutim novi ZUS bitno je izmijenio ovu regulaciju tako da u pravilu stranka koja izgubi spor u cijelosti snosi sve troškove spora, a ako djelomično uspije u sporu, sud može, s obzirom na postignuti uspjeh, odrediti da svaka stranka snosi svoje troškove ili da se troškovi raspodijele razmjerno uspjehu u sporu. ZUS također poznaje prethodno predujmljivanje troškova koje je stranka prouzročila svojim radnjama, dok se troškovi proizašli iz radnji suda podmiruju iz troškova suda.⁷²

Troškove spora čine izdaci učinjeni tijekom ili povodom spora, a pri odlučivanju koji će se troškovi stranci nadoknaditi sud će uzeti u obzir samo troškove koji su bili potrebni radi vođenja spora. Troškovi spora obuhvaćaju i nagradu za rad odvjetnika i drugih osoba koje imaju pravo na zakonom propisanu naknadu.

Sve ovo je posebno važno imajući na umu da je tuženik u upravnom sporu javnopravno tijelo, odnosno tijela državne uprave i druga državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koje imaju javne ovlasti.⁷³ Prema tomu i javnopravnom tijelu će se dosuđivati troškovi upravnog spora, ali će ih ono biti dužno i snositi, naravno sve pod zakonom propisanim uvjetima.

Za razliku od zahtjeva za povrat stvari ili naknadu štete, ZUS-om nije propisano da zahtjev za naknadu troškova spora mora biti sadržan već u tužbi. Stoga se može zaključiti kako se takav zahtjev može podnijeti i tijekom spora sve do zaključenja rasprave, odnosno do donošenja odluke suda kada se rješava spor bez rasprave.

VII.4. Privremene mjere

Mogućnost izdavanja privremenih mjera novost je u našem upravnom sporu, jer do sada Upravni sud nije imao ovlasti izdati privremenu mjeru.

Privremene mjere našle su svoje mjesto u novom ZUS-u u okviru glave koja normira radnje u upravnom sporu što znači da se one nužno ne moraju predložiti već uz tužbeni zahtjev. Ovo proizlazi i iz norme prema kojoj je privremenu mjeru ovlašten predložiti ne samo tužitelj, već bilo koja stranka u sporu.⁷⁴

Sud može izdati privremenu mjeru ako je to nužno kako bi se izbjegla teška i nepopravljiva šteta. Budući da nije propisano na čijoj bi strani šteta trebala

odnosno povrat stvari te presuda kojima je odlučeno o tim zahtjevima, vidi u Galić, A. i dr. Upravni spor u praksi. *Op. cit.*, primjer broj 15., 16., 22., 66., 67.

71 Članak 61. dosadašnjeg Zakona o upravnim sporovima.

72 Članak 79. ZUS-a. Primjer odmjeravanja troškova u presudi vidi u Galić, A. i dr. Upravni spor u praksi. *Op. cit.*, primjer broj 68.

73 Tuženik u upravnom sporu, članak 18. ZUS-a. Javnopravno tijelo, članak 1. ZUP-a.

74 Glava IV. članak 47. ZUS-a.

nastupiti, zaključuje se da se radi o nastupu štete na strani one stranke koja predlaže privremenu mjeru.

VIII. ZAKLJUČAK

Novim ZUS-om predmet upravnog spora bitno je reformiran na način da su uz dosadašnju ocjenu zakonitosti pojedinačne odluke i pravnu zaštitu zbog šutnje uprave, uvedene nove vrste tužbenih zahtjeva kako bi se strankama pružila potpunija zaštita subjektivnih javnih prava koja se ostvaruju u upravnom sporu.

Predmet upravnog spora u naravi se ostvaruje kroz tužbeni zahtjev, koji čini obvezni sadržaj tužbe. Tužbeni zahtjevi taksativno su navedeni pa se ne može podnijeti tužba kojom bi se zahtijevalo nešto drugo od onog što je predviđeno ZUS-om. U slučaju da tužba ne sadrži tužbeni zahtjev ili ako se zahtijeva nešto što ZUS-om nije propisano, tužitelja bi trebalo pozvati na otklanjanje nedostataka tužbe.⁷⁵

Sud nije vezan razlozima iz tužbe, ali odlučuje u granicama tužbenog zahtjeva pa je opravdano razmisliti ima li prekoračenje tužbenog zahtjeva sudskom presudom samo po sebi značenje bitne povrede pravila postupka zbog koje bi bila dopuštena žalba. To sve pod uvjetom da prvostupanjska odluka prolazi, tzv. „filtrar za žalbu“, odnosno da se radi o prvostupanjskoj presudi kojom je upravni sud sam riješio predmet spora. O ovom pitanju tek će se trebati izjasniti praksa Visokog upravnog suda.

Za sada ostaje otvoreno pitanje odnosi li se vezanost suda tužbenim zahtjevom i na način rješavanja upravnog spora, odnosno može li sud donijeti reformacijsku presudu, iako to tužitelj nije zahtijevao. S druge strane, unatoč tužbenom zahtjevu kojim se od suda zahtijeva da odluči o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke, sud to ipak neće učiniti ako se radi o zakonom propisanim izuzecima. Ovo pak nameće iduće pitanje, je li dopuštena žalba u slučaju da sud nije donio reformacijsku presudu, a mogao ju je donijeti? O svemu ovome treba pričekati sudsku praksu.

Kod predmeta upravnog spora koji se odnosi na postupanje javnopravnog tijela, odnosno upravni ugovor, ovlaštenja suda prilikom donošenja presude formulirana su na način da u biti znače donošenje reformacijske presude.

Kako je u bitnome predmet upravnog spora normiran drukčije nego što je to bilo do sada te s obzirom na brojnost pitanja koja su se otvorila vezano uz novo određenje predmeta upravnog spora, sa zanimanjem se očekuje sudska praksa, jer tek će ona pokazati stvarnu učinkovitost novoga ZUS-a u zaštiti subjektivnih javnih prava.

75 Članak 29. ZUS-a.

Summary

NEW REGULATIONS ON SUBJECT OF THE ADMINISTRATIVE DISPUTE IN THE REPUBLIC OF CROATIA

The article presents an analysis of provisions of the new Administrative Disputes Act which regulate the subject of the administrative dispute. The subject of the administrative dispute has been substantially amended in regards to previous legal solutions. Except from deciding on legality of an individual act and legal protection given in cases of administrative silence where the expected administrative act was not passed (that where already accepted as cases upon which the Court presents its ruling), according to new provisions legal protection is also given to citizens if administrative body does not act in conformity with legal regulations. The Court has a competence to decide over administrative dispute due to request for protection of legality assessing the legality of actions of public legal bodies, the legality of stipulation, termination and fulfilment of the administrative contract as well as the legality of general administrative acts of the body of the unit of local and regional self-government, legal person vested with public powers and legal person that performs a public service. Furthermore, a party filling the law suit may submit a motion to postpone the enforcement of the administrative act against which the law suit is filed. In addition, the party may include a specific claim in relation to return of things or payment of compensation for damages within the law suit. The new provisions present substantial alterations on bearing of costs in administrative disputes.

Key words: *subject of the administrative dispute, individual decision, actions of public legal body, administrative silence, administrative contract, general act, postponing effect of the law suit, additional claims, preliminary injunctions, costs in administrative dispute.*

Zusammenfassung

NEUE REGULIERUNG DER VERWALTUNGSSTREITSACHE IN DER REPUBLIK KROATIEN

In der Arbeit werden Bestimmungen des neuen Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten bearbeitet, welche die Verwaltungsstreitsache normieren. Die Verwaltungsstreitsache wurde bezüglich der bisherigen Gesetzesbeschlüsse wesentlich reformiert. Außer dem Gesetzlichkeitsermessen von Einzelfallentscheidung und dem Rechtsschutz wegen Verwaltungsschweigen im Falle, dass solche Entscheidungen, die es als Verwaltungsstreitsachen auch bis jetzt gab, nicht getroffen werden, wurde die Rechtsschutzleistung eingeführt, auch im Falle, wenn die öffentlich-rechtliche Körperschaft nicht gemäß Vorschrift verfahren hat. Verwaltungsstreitigkeit wegen Gesetzlichkeitsermessen des öffentlich-rechtlichen Körperschaftsverfahrens sowie Gesetzlichkeitsermessen der Verwaltungsvertragschließung, -auflösung und -erfüllung und des Allgemeinaktes von Einheiten der Orts- und Gemeindegemeinschaften, der Rechtsperson mit öffentlicher Vollmacht und der Rechtsperson mit öffentlichem Dienst wurden auch eingeführt. Man kann auch mit Beschwerde einen Anspruch auf Aufschub der anfechtbaren Entscheidung sowie auf Sachenerstattung (Pfandfreigabe) und auf Schadenersatz erheben. Das Kostentragen für die Verwaltungsstreitigkeit ist auch wesentlich anders reguliert.

Schlüsselwörter: *Verwaltungsstreitsache, Einzelfallentscheidung, öffentlich-rechtliches Körperschaftsverfahren, Verwaltungsschweigen, Verwaltungsvertrag, aufschiebende Wirkung der Beschwerde, Nebenforderungen, vorläufige Maßnahmen, Verwaltungsstreitigkeitskosten.*

Riassunto

LA NUOVA DISCIPLINA DELL'OGGETTO DEL CONTENDERE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO NELLA REPUBBLICA DI CROAZIA

Nel lavoro si prendono in esame le disposizioni della nuova legge sui procedimenti amministrativi che regolano l'oggetto del contendere. L'oggetto del contendere è stato riformato in maniera significativa rispetto a prima. A parte la valutazione della legalità della singola decisione e della tutela giuridica in ragione del silenzio amministrativo nel caso di mancata pronuncia in merito a tali decisioni (che già esistevano quale oggetto del contendere), è stata introdotta la tutela giuridica anche nel caso in cui l'organo dell'amministrazione pubblica non ha operato nel rispetto delle norme. Inoltre sono stati introdotti: il contenzioso amministrativo per la valutazione della legalità nella procedura portata avanti dall'organo dell'amministrazione pubblica; le valutazioni di legalità della conclusione, della risoluzione e dell'esecuzione del contratto amministrativo e la valutazione della legalità degli atti generali dell'amministrazione locale e regionale, della persona giuridica che ha poteri pubblici e della persona giuridica che svolge funzione pubblica. Inoltre, con ricorso si può pretendere la proroga dell'esecuzione della decisione impugnata, come anche la restituzione delle cose ed il risarcimento del danno. Da ultimo anche le spese del contenzioso amministrativo sono regolate in maniera significativamente diversa.

Parole chiave: *oggetto del contenzioso amministrativo, singola decisione, operato dell'organo dell'amministrazione pubblica, silenzio dell'amministrazione, contratto amministrativo, atto generale, effetto prorogativo del ricorso, pretese secondarie, misure temporanee, spese del contenzioso.*

IMOVINSKO POTRAŽIVANJE KAO RAZLOG ZA NASTAVAK UPRAVNOG POSTUPKA I UPRAVNOG SPORA NAKON SMRTI STRANKE

Tamara Bogdanović, dipl. iur., sutkinja
Upravni sud u Zagrebu

UDK: 342.92
Ur.: 22. studeni 2011.
Pr.: 23. veljače 2012.
Osvrt

Sažetak

Ovim radom željelo se ukazati na specifičnosti upravnog postupka i upravnog spora u vezi s mogućnosti nastavka postupka nakon smrti stranke u odnosu na procesna pravila ustanovljena za istu procesnu situaciju pred redovnim sudovima. Dan je prikaz dosadašnje prakse Upravnog suda Republike Hrvatske koja se odnosi na tu procesnu situaciju i iznesena je sumnja u primjerenost i svrhovitost primjene odredbe članka 46. novog Zakona o upravnim sporovima u smislu cjelovitosti upravnog postupka i upravnog spora.

Ključne riječi: *smrt stranke, nastavak postupka, imovinsko potraživanje.*

I. UVOD

Zakon o upravnim sporovima¹ koji je na snazi do 31. prosinca 2011. nije sadržavao odredbe u odnosu na procesnu situaciju smrti stranke za vrijeme trajanja upravnog spora, već je odredbom članka 60. upućivao na odgovarajuću primjenu Zakona o parničnom postupku,² u svim slučajevima kada Zakon o upravnim sporovima nije propisivao pravila o načinu postupanja.

Novi Zakon o upravnim sporovima,³ na snazi od 1. siječnja 2012. nema takve opće odredbe, već se na odgovarajuću ili izravnu primjenu Zakona o parničnom postupku poziva u nekoliko konkretnih odredbi,⁴ dok se u dvije odredbe⁵ poziva i na

1 Zakon o upravnim sporovima, NN br. 53/91., 9/92. i 77/92.

2 Zakon o parničnom postupku, NN br. 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 123/08., 57/11.

3 Zakon o upravnim sporovima, NN br. 20/10. (u nastavku teksta fus nota: ZUS).

4 Članak 20. stavak 6. u odnosu na poslovnu sposobnost fizičke osobe, članak 33. stavak 5. postupak izvođenja dokaza, članak 34. stavak 3. traženje dokaznih sredstava od stranke, članak 54. stavak 2. mogućnost izricanja opomene, novčane kazne ili udaljenja s rasprave.

5 Članak 50. koji se odnosi na postupak dostave i članak 81. stavak 4. koji se odnosi na nenovočano, tzv. administrativno izvršenje presude, vidi i članak 87.

izravnu primjenu Zakona o općem upravnom postupku.⁶

Zakon o parničnom postupku u odredbi članka 212. stavku 1. točki 1. propisuje da se postupak prekida kad stranka umre, što sa sobom donosi i sve pravne posljedice propisane u odnosu na tijek svih rokova određenih za obavljanje parničnih radnji.

Novelom Zakona o parničnom postupku iz 2003. godine u članku 112. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku⁷ dodan je članak 215.b kojim je propisano da se postupak obustavlja kad umre ili prestane postojati stranka u postupku o pravima koja ne prelaze na njezine nasljednike, odnosno pravne sljednike.

U tom slučaju rješenje o obustavi dostavlja se protivnoj stranci, te nasljednicima, odnosno pravnim sljednicima stranke. Ukoliko sud ocijeni da bi ostavinski postupak mogao duže trajati, nasljednicima umrle stranke postaviti će privremenog zastupnika kojem se dostavlja rješenje o obustavi postupka. Ako pravna osoba nema pravnog sljednika, rješenje o obustavi postupka dostavit će se državnom odvjetništvu. Sve dok se postupak pravomoćno ne završi na rokove za poduzimanje radnji primijenit će se pravila o prekidu postupka.

Novi Zakon o upravnim sporovima u odnosu na situaciju smrti stranke u postupku o pravima koja ne prelaze na njezine nasljednike u odredbi članka 46. propisuje istovjetno prethodno navedenoj odredbi članka 215.b Zakona o parničnom postupku, u odnosu na nužnost obustave postupka kada se radi o neprenosivim pravima, adresate dostave takvog rješenja, mogućnosti postavljanja privremenog zastupnika i primjenu pravila o prekidu postupka do rješavanja o žalbi ukoliko je podnesena protiv rješenja o obustavi postupka. Stavkom 5. članka 46. Zakona o upravnim sporovima izričito je propisano da protiv rješenja o obustavi spora stranka može podnijeti žalbu. Prema navedenom Zakonu, postupak se obustavlja i u slučaju povlačenja tužbe,⁸ ispunjenja tužbenog zahtjeva,⁹ povlačenja žalbe,¹⁰ odustanka od zahtjeva,¹¹ prestanka postojanja pretpostavki za vođenje spora¹² i sklapanja sudske nagodbe u odnosu na cjelokupni tužbeni zahtjev.¹³ U odredbi članka 45. navedenog Zakona propisane su situacije u kojima sud mora, jer se čeka do pravomoćnosti presude donesene u oglednom sporu i kad je to propisano zakonom, ili može obustaviti postupak, do donošenja odluke o prethodnom pitanju, do odluke o zakonitosti općeg akta i kada je to propisano zakonom, ali nema prekida postupka zbog smrti stranke, čija mogućnost je i dalje ostala propisana Zakonom o parničnom postupku (op.aut. prema članku 45. stavku 2. točki 3. novog Zakona o upravnim sporovima, sud rješenjem može prekinuti spor kada je to propisano zakonom. U materijalnim propisima poznatim autorici nigdje se smrt stranke ne navodi kao razlog za prekid postupka, jer su takve situacije normirane u procesnim zakonima).

6 Zakon o općem upravnom postupku, NN br. 47/09.

7 Novela Zakona o parničnom postupku, NN br. 117/03.

8 Članak 41. stavak 1. i 2. ZUS.

9 Članak 43. stavak 1. ZUS.

10 Članak 68. stavak 2. ZUS.

11 Članak 88. stavak 1. ZUS.

12 Članak 88. stavak 2. ZUS.

13 Članak 89. stavak 4. ZUS.

Iz navedenog, proizlazi da je prema Zakonu o parničnom postupku i prema novom Zakonu o upravnim sporovima, sudska praksa dužna dati smjernice za ocjenu u kojim slučajevima se radi o osobnom pravu koje ne prelazi na nasljednike stranke, a kada se radi o nasljeđivom pravu. Pri tomu postoji odgovornost upravnih sudova i Visokog upravnog suda Republike Hrvatske koji će po eventualno izjavljenim žalbama protiv rješenja o obustavi prvostupajnskih upravnih sudova moći ujednačavati sudsku praksu. Prema teoriji građanskog prava¹⁴ prenosiva su ona subjektivna imovinska prava koja se mogu neograničeno prenositi s jednog na druge subjekte, dok su neprenosiva ona prava koja se ne mogu dobrovoljnim sporazumom prenositi s jednog subjekta na drugi. Najveći broj subjektivnih imovinskih prava je prenosiv, a u manjem slučaju radi se o strogo osobnim imovinskim pravima vezanim uz osobu ovlaštenika, kao što su osobne služnosti.¹⁵ Dosadašnja praksa Upravnog suda Republike Hrvatske nije bila jednoznačna u odnosu na pitanje mogućnosti nastavka postupka nakon smrti stranke. Upravo u slučajevima strogo osobnih imovinskih prava pretežito nije bila sukladna s odredbama noveliranog Zakona o parničnom postupku. Stoga će se u ovom radu pokušati dati razlozi i opravdanja za takvu sudsku praksu. Cilj analize je upozoriti na neusklađenost zakonskog rješenja iz odredbe članka 46. novog Zakona o upravnim sporovima s odredbom članka 39. stavak 1. novog Zakona o općem upravnom postupku i s dosadašnjom sudskom praksom Upravnog suda Republike Hrvatske, uspoređujući zakonske tekstove i pravna shvaćanja izložena u presudama Upravnog suda Republike Hrvatske.

II. SUDSKA PRAKSA UPRAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Prije svega, mora se poći od specifičnosti upravnog spora, koji kao i parnični spor započinje tužbom, ali se istovremeno nastavlja na određeni upravni postupak. Dakle, predmet našeg interesa je upravni postupak koji je započet i koji može biti okončan upravnim aktom. U dosadašnjoj pretežitoj sudskoj praksi upravni spor je započinjao iznošenjem tužbenih prigovora u odnosu na zakonitost tog upravnog akta.

To znači da su se aktivna legitimacija za podnošenje zahtjeva i kasnija ovlaštenja za nastavak postupka nakon smrti stranke prvotno u upravnom postupku procjenjivala prema odredbama Zakona o općem upravnom postupku,¹⁶ koji propisuje da ako tijekom postupka nastupi smrt stranke, postupak se može obustaviti ili nastaviti, ovisno o prirodi upravne stvari koja je predmet postupka.

Uspoređujući citiranu odredbu Zakona o općem upravnom postupku i prethodno citiranu odredbu Zakona o parničnom postupku i novog Zakona o

14 Vedriš, M. - Klarić, P. D., *Osnove imovinskog prava*, 8. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, NN, 1992., str. 57. i 58.

15 Pravo plodouživanja, pravo uporabe i pravo stanovanja.

16 Članak 54. stavak 2. ranijeg Zakona o općem upravnom postupku, NN br. 53/91., 103/96 –Odluka USRH i članak 39. stavak 1. važećeg Zakona o općem upravnom postupku, NN br. 47/09.

upravnim sporovima, možemo primijetiti da se u upravnom postupku mogućnost nastavka spora nakon smrti stranke procjenjivala ovisno o prirodi stvari. To daje puno širu podlogu za tumačenje od odredaba druga dva navedena procesna zakona prema kojima je postupak moguće nastaviti samo ako se radi o pravu koje prelazi na nasljednike ili pravne sljednike. Tako vezano uz odredbu članka 54. stavka 2. ranijeg Zakona o općem upravnom postupku imamo zabilježenu sentencu¹⁷ da ako je ovisno o prirodi upravne stvari moguće nastaviti postupak, makar je stranka umrla, u takvom slučaju rješenje mora biti dostavljeno nasljednicima, pa u odnosu na njih ne proizvodi nikakve pravne učinke dostava rješenja naslovljena na umrlu osobu. Komentator Krijan¹⁸ u stručnoj literaturi navodi da će se postupak obustaviti ako se radi o upravnoj stvari vezanoj osobno uz stranku, npr. rješavanje zahtjeva za promjenu imena, za izdavanje dozvole nabave i držanja oružja i sl. Postupak će se nastaviti ako rješenje u toj upravnoj stvari može imati iste pravne posljedice i za nasljednike umrle stranke, npr. rješavanje predmeta izvlaštenja zemljišta u odnosu na vlasnika zemljišta i njegove nasljednike.

Kada je tijekom upravnog postupka jednom prihvaćena procesna legitimacija nasljednika za nastavak postupka, bilo je nezamislivo da bi takva procesna legitimacija bila uskraćena u upravnom sporu, koji čini nedjeljivu cjelinu s upravnim postupkom, pa makar se radilo o neprenosivim subjektivnim pravima. Pregledom pribavljene sudske prakse Upravnog suda Republike Hrvatske vidjet ćemo da se uglavnom radi o strogo osobnim neprenosivim pravima, u kojima se dopušta nastavak postupka nakon smrti stranke, te se pravo priznaje umrloj osobi, što se sa stajališta građanskog procesnog prava čini apsolutno neprihvatljivim.

Razlog za takvo postupanje nalazimo u tomu što to subjektivno osobno pravo u sebi sadrži neostvoreno imovinsko potraživanje koje bi umrloj stranci prema relevantnom materijalnom zakonu pripadalo do trenutka smrti, da je upravni postupak okončan u vrijeme podnošenja zahtjeva. U većini materijalnih zakona¹⁹ propisano je da će se, ukoliko podnositelj zahtjeva ispunjava uvjete, pravo priznati od prvog dana sljedećeg mjeseca nakon podnošenja zahtjeva, bez obzira kada će upravno tijelo donijeti takvo rješenje. Napominjemo da se u ovim slučajevima rješavanjem pred Upravnim sudom Republike Hrvatske radilo o pravima zajamčenim materijalnim zakonima²⁰ koja ne bi smjela ovisiti o duljini trajanja upravnog postupka, za razliku od klasičnih građanskih sporova u kojima prava proizlaze iz stvarnopravnog ili obveznopravnog odnosa i čija afirmativnost se u većini slučajeva tek treba dokazati u parničnom sporu pred redovnim sudom.

17 USRH, Us-9670/1993 od 8. lipnja 1994.

18 Krijan, P., Komentar Zakona o općem upravnom postupku, Zagreb, Informator, 2004., str. 74.

19 Npr. Zakon o mirovinskom osiguranju, Zakon o doplatku za djecu, Zakon o pravima hrvatskih branitelja i članova njihovih obitelji.

20 Npr. pravo na isplatu mirovine, pravo na dječji doplatk, pravo na obiteljsku invalidninu, osobnu invalidninu, doplatk za njegu i pomoć druge osobe, ortopedski doplatk, opskrbnina, doplatk za pripomoć u kući.

Mirovinsko-invalidsko-zdravstveni odjel Upravnog suda Republike Hrvatske na sjednici održanoj 31. ožujka 2011. donio je zaključak prema kojem ako tijekom postupka stranka umre, postupak se može nastaviti, iako se radi o osobnom pravu kad zahtjev sadrži – po prirodi stvari – i neostvareno imovinsko potraživanje (mirovinu, osobnu invalidninu, doplatak za njegu i pomoć, pravo iz zdravstvenog osiguranja i sl.).

Navedeni zaključak odnosio se na primjenu odredbe članka 54. ranijeg Zakona o općem upravnom postupku. Iz sadržaja presude Us-10681/07 od 15. prosinca 2010.²¹ koja je bila povod sjednici odjela, može se utvrditi da se radi o strogo osobnom pravu na doplatak za pomoć i njegu podnositeljice zahtjeva o kojem je negativno odlučeno prvostupanjskim rješenjem. Stoga je nakon smrti podnositeljice zahtjeva, njena zakonska nasljednica podnijela žalbu, koja je uvažena drugostupanjskim rješenjem, prvostupanjsko rješenje je poništeno, a zbog smrti stranke postupak je obustavljen. Presudom je tužba zakonske nasljednice uvažena, prihvaćena je procesna legitimacija tužiteljice za podnošenje tužbe u upravnom sporu u odnosu na zahtjev umrle stranke, te je tuženom tijelu naloženo da odluči o predmetnom zahtjevu.²²

Ova presuda i doneseni zaključak nisu suprotni dugogodišnjoj praksi Upravnog suda Republike Hrvatske, koji je slijedio pravno shvaćanje Vrhovnog suda Republike Hrvatske zauzeto u presudi U-6274/68 od 16. srpnja 1969. Prema tomu zahtjev privremenog staratelja ostavine za donošenje rješenja o priznanju prava na mirovinu stranke koja je umrla, nije u upravnom postupku mogao biti odbijen, jer se radi o neostvarenom potraživanju umrle stranke, koje ulazi u ostavinsku masu.

Međutim, naglašavamo da se u tom predmetu radilo o zahtjevu staratelja za donošenjem rješenja o priznanju prava na mirovinu pokojne stranke, a da u većini slučajeva iz prakse Upravnog suda Republike Hrvatske imamo situaciju gdje zakonski nasljednici u nastavku postupka traže priznanje nekog osobnog prava stranke, prema čijem zahtjevu je upravni postupak započet, ali nije konačno ili pravomoćno dovršen, jer je stranka u međuvremenu umrla.

Primjerice u presudi Us-100/07 od 11. ožujka 2007.²³ izneseno je shvaćanje da

-
- 21 Pravo na doplatak za pomoć i njegu o kojem je odlučivano u predmetnom postupku u povodu zahtjeva tužiteljice iz 2005. godine, za njenu majku koja je tijekom postupka umrla, doista je strogo osobno pravo, ali eventualno pripadajuće novčane svote koje je korisnik u pravilno provedenom postupku i pod uvjetima iz materijalnog zakona mogao ostvariti se mogu naslijediti. Iz te činjenice proizlazi pravni interes tužiteljice za nastavak postupka – citat presude.
 - 22 Stoga će tuženo tijelo na temelju raspoloživih dokaza u spisu pribavljenih tijekom provedenoga prvostupanjskog postupka, koji uključuju i vještačenje od strane institucionaliziranog tijela vještačenja, odlučiti o predmetnom zahtjevu primjenom odgovarajućih odredaba Zakona o socijalnoj skrbi (Narodne novine, broj 73/97., 27/01., 549/01., 82/01., 103/03. i 44.06). – citat presude.
 - 23 S obzirom na pravni interes tužiteljice da se upravni postupak zakonito dovrši, ovaj Sud smatra da nije bilo dopustivo obustaviti postupak zato jer se ne može pribaviti nova medicinska dokumentacija. Naime, nova dokumentacija ne može se pribaviti, ali postojeća dokumentacija o preboljenom moždanom udaru, drugim bolestima i stanjima zbog kojih je N. V. bolovao, a

je upravni postupak ocjene radne sposobnosti osiguranika nepravilno obustavljen, jer je stranka umrla, a radna sposobnost mogla se ocijeniti prema postojećoj medicinskoj dokumentaciji, te je tuženom tijelu naloženo da odluči o zahtjevu umrle stranke za priznanje prava na invalidsku mirovinu.

U ovoj presudi nije obrazloženo u čemu se sastoji pravni interes tužiteljice za nastavkom postupka, radi li se o potraživanju koje ulazi u ostavinu, ukoliko bi osiguranik imao pravo na određene mjesečne svote invalidske mirovine do dana smrti ili se radi o mogućnosti da zakonski nasljednik, u ovom slučaju supruga, zatraži priznanje prava na obiteljsku mirovinu temeljem invalidske mirovine svog sada pokojnog muža.

Primjerice u presudi Us-849/2003 od 8. rujna 2005.²⁴ izneseno je shvaćanje da je upravni postupak za utvrđenje statusa hrvatskoga ratnog vojnog invalida iz Domovinskog rata i priznanje prava na osobnu invalidninu nepravilno obustavljen zbog smrti stranke, jer iako se radi o osobnom pravu, daljnje ostvarivanje prava članova obitelji ovisi, između ostalog, i o utvrđenom statusu hrvatskoga ratnog vojnog invalida, jer dospjeli iznosi pripadajuće osobne invalidnine mogu ući u ostavinsku masu, pa stoga tužiteljica zakonska nasljednica ima pravni interes za nastavak postupka.

Dakle, u ovoj presudi objašnjeno je u čemu se sastoji pravni interes zakonske nasljednice za nastavak postupka.

U presudi Us-11420/1999 od 27. lipnja 2002.²⁵ zaključeno je da se postupak

što je rezultiralo i smrću omogućava da se ponovno ocijeni težina tih zdravstvenih tegoba i poremećaja, te odluči o utjecaju tih tegoba na njegovu radnu sposobnost odnosno nastanak invalidnosti u smislu odredaba članka 34. Zakona o mirovinskom osiguranju („Narodne novine“, broj: 102/98, 127/00, 59/01, 109/01, 147/02, 117/03, 30/04, 177/04, 92/05, 79/07 i 35/08). Slijedom izloženog ovaj Sud smatra da je osnovano traženje tužiteljice da se upravni postupak dovrši i odluči o pravu N. V. na invalidsku mirovinu – citat presude.

24 Sud nalazi da u predmetnom slučaju sama činjenica smrti podnositelja zahtjeva u tijeku postupka nije dostatna za zaključak da se postupak pokrenut u ovoj stvari može obustaviti, slijedom čega je pobijanim rješenjem uz obrazloženje kakovo je u njemu dano, povrijeđen zakon na štetu tužiteljice. Naime, iako pravo na osobnu invalidninu spada u osobna prava, sukladno odredbama Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji („Narodne novine“, broj 94/01, 122/02, 17/04 i 48/04), ostvarivanje prava članova obitelji ovisi, između ostalog, i o utvrđenom statusu hrvatskog ratnog vojnog invalida iz Domovinskog rata (članak 80.), te stoga tužiteljica ima pravni interes tražiti nastavak postupka pokrenutog po zahtjevu njenog pokojnog supruga. Osim toga, dospjeli iznosi pripadajuće osobne invalidnine i ostalih prava koja se ostvaruju na temelju utvrđenog statusa HRVI mogu ući u ostavinsku masu iza umrlog M. G., odnosno biti predmetom nasljeđivanja, te tužiteljica ima pravo na nastavak ovog postupka do njegova pravomoćnog okončanja – citat presude.

25 Ovo osobito iz razloga, jer sukladno odredbama Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji („Narodne novine“, broj 108/96) i Uredbe o mjerilima za stambeno zbrinjavanje HRVI Domovinskog rata i članova obitelji poginulog, umrlog, zatočenoga ili nestaloga hrvatskog branitelja („Narodne novine“, broj 36/97, 5/98), pravo na stambeno zbrinjavanje, što znači i dodjelu stana, imaju i članovi obitelji poginuloga hrvatskog branitelja, dakle i njegovi roditelji, naravno ukoliko osim pretpostavke da je riječ o krugu osoba određenog odredbama tih propisa, ispunjavaju i druge zakonom propisane uvjete,

pokrenut povodom zahtjeva stranke za dodjelu stana (majke poginulog hrvatskoga branitelja) može nastaviti i nakon njene smrti na zahtjev pravnih sljednika.

Odredba članka 54. ranijega Zakona o općem upravnom postupku istumačena je na način da odluka o obustavi ili nastavku postupka ovisi od toga radi li se o upravnoj stvari koja je vezana isključivo na osobu stranke koja je podnijela zahtjev ili o takvoj čije rješenje može imati posljedice i na prava pravnih sljednika umrle stranke. U prvom slučaju postupak se ima obustaviti, a kad se radi o drugom slučaju nadležno tijelo dužno je zatražiti izjavu od pravnih sljednika o tomu zahtijevaju li nastavak postupka, nakon čega će, u ovisnosti od dane izjave, započeti postupak obustaviti ili nastaviti.

Mirovinsko-invalidsko-zdravstveni odjel na sjednici održanoj 14. ožujka 2006. donio je zaključak prema kojem nakon smrti hrvatskoga branitelja iz Domovinskog rata koji je pokrenuo postupak za utvrđivanje statusa hrvatskoga ratnog vojnog invalida članovi obitelji umrlog hrvatskoga branitelja mogu nastaviti postupak. Pozivom na taj zaključak donesen je veći broj presuda, npr. uvažavajuća presuda Us-415/08 od 15. prosinca 2010.²⁶

U presudi Us-10826/2006 od 10. rujna 2009.²⁷ izneseno je shvaćanje da se zahtjev tužiteljice zakonske nasljednice za prevođenje invalidske mirovine prema Zakonu o pravima hrvatskih branitelja i članova njihove obitelji, njenog supruga koji je umro prije isteka zakonskog roka za prevođenje, nije mogao odbaciti u upravnom postupku, jer je dospjeće prava vezano uz stupanje na snagu toga Zakona, pa je o zahtjevu tužiteljice trebalo meritorno odlučiti.

Iz navedenog proizlazi da je tužiteljici zakonskoj nasljednici priznata aktivna legitimacija u upravnom sporu, iako je predmet upravnog spora i upravnog postupka bilo rješavanje o strogo osobnom neprenosivom pravu na invalidsku mirovinu i prevođenje iste njenog pokojnog supruga.

iz čega suprotno zaključku tuženog tijela slijedi, da je ovdje riječ o pravu koje je prenosivo i na druge osobe. To tim više, jer se radi o pravu koje bi u konkretnom slučaju moglo biti predmetom ostavine, odnosno ući u ostavinsku masu iza umrle A. V., a tužiteljica je jedna od nasljednica prvog nasljednog reda, zbog čega uz uvažavanje činjenice da tužiteljica ovdje traži nastavak postupka pokrenut po zahtjevu njezine majke, Sud nalazi da ima razloga za nastavak tog postupka u smislu naprijed rečene zakonske odredbe, i donošenja odluke o zahtjevu, shodno važećim propisima koji reguliraju ovu upravnu stvar – citat presude.

26 Tužitelj je u tijeku upravnog postupka umro, pa se u tom slučaju ocjena o oštećenju organizma donosi na temelju medicinske dokumentacije – citat presude.

27 U konkretnom slučaju pravo supruga i oca tužiteljica nije prevedeno, on je umro prije isteka roka od tri godine za prevođenje njegovog prava, ali to ne znači da njegovo pravo na invalidsku mirovinu nije dospjelo, s obzirom na odredbu stavka 1. članka 141. koji propisuje da će se stupanjem na snagu Zakona izvršiti prevođenje prema službenoj dužnosti što znači da je dospjeće vezano uz stupanje na snagu Zakona, a činjenica da je smrt korisnika nastupila prije isteka od tri godine u kojem prevođenje treba završiti nije pravno odlučna. Radi svega navedenog, prvostupajnsko tijelo nije moglo odbaciti zahtjev tužiteljica, već je u povodu tog zahtjeva trebalo odlučiti o prevođenju na invalidsku mirovinu prava koje je uživao pokojni suprug odnosno otac tužiteljica, ukoliko postoji razlika koju bi trebalo isplatiti na temelju takvog rješenja, i isplatiti dospjelo potraživanje iz članka 5. Zakona o mirovinskom osiguranju – citat presude.

U presudi Us-3328/2007 od 27. svibnja 2010.²⁸ izneseno je shvaćanje da je tužiteljici zakonskoj nasljednici nepravilno odbijen zahtjev za prevođenje invalidske mirovine za njenog supruga prema Zakonu o pravima hrvatskih branitelja i članova njihove obitelji, jer je prema tom zakonu njegovo pravo trebalo biti prevedeno po službenoj dužnosti u roku od tri godine od stupanja na snagu Zakona, pa činjenice nepodnošenja zahtjeva i njegove smrti prije proteka toga roka nisu pravno odlučne. Tuženom tijelu naloženo je da na zahtjev supruge dovrši postupak prevođenja invalidske mirovine njenog supruga, jer se tužiteljčin pravni interes za prevođenje te mirovine sastoji u tomu što se pravo na obiteljsku mirovinu izvodi iz prava umrlog korisnika mirovine.

U presudi Us-10904/2006 od 23. travnja 2009.²⁹ zaključeno je da je tuženo

28 Iz obrazloženja osporenog rješenja proizlazi da je suprugu tužiteljice rješenjem Područne službe u Zagrebu, broj: IN-908936, od 1. listopada 1996., priznato pravo na invalidsku mirovinu počevši od 1. kolovoza 1996. prema Zakonu o mirovinskom i invalidskom osiguranju vojnih osiguranika, („Narodne novine“, broj: 53/91 i 26/93) i Zakonu o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata („Narodne novine“, broj: 2/94, 52/94, 36/95). Suprug B. B. preminuo je 9. studenoga 2003., a za njegovog života nije izvršeno prevođenje priznatog prava na invalidsku mirovinu prema odredbama članka 140. Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji („Narodne novine“, broj: 94/01, 122/02, 17/04, 48/04). Prema citiranim odredbama tuženo je tijelo stupanjem na snagu Zakona trebalo po službenoj dužnosti prevesti prava ostvarena prema ranijim propisima na odredbe toga Zakona, a rok za prevođenje je bio tri godine od dana stupanja na snagu Zakona. Stoga je u pravu tužiteljica kada smatra da suprug nije morao podnositi zahtjev za prevođenje invalidske mirovine prema članku 140. Zakona. U konkretnom slučaju pravo supruga tužiteljice nije prevedeno, on je umro prije isteka roka od tri godine za prevođenje, ali to ne znači da njegovo pravo nije dospjelo, s obzirom na odredbu stavka 1. članka 140. koja propisuje da će se stupanjem na snagu Zakona izvršiti prevođenje po službenoj dužnosti, što znači da je dospijeće vezano uz stupanje na snagu Zakona, a činjenica da je smrt korisnika nastupila prije isteka roka od tri godine u kojem prevođenje treba završiti nije pravno odlučna. S obzirom na to da tužiteljica ima pravni interes da se utvrdi prevedena svota invalidske mirovine supruga i zbog toga što se pravo na obiteljsku mirovinu izvodi iz prava umrlog korisnika mirovine, u povodu zahtjeva tužiteljice trebalo je izvršiti prevođenje prava na invalidsku mirovinu pokojnog korisnika, te ukoliko postoji razlika koju bi trebalo isplatiti na temelju takvog rješenja isplatiti dospjelo potraživanje iz članka 5. Zakona o mirovinskom osiguranju („Narodne novine“, broj: 102/98, 127/00, 59/01, 109/01, 147/02, 117/03, 30/04, 177/04, 92/05, 43/07, 79/07, 35/08) – citat presude.

29 Sud nalazi da u predmetnom slučaju sama činjenica smrti podnositelja zahtjeva u tijeku postupka nije dostatna za zaključak da se postupak pokrenut u ovoj stvari može obustaviti, slijedom čega je osporenim zaključkom uz obrazloženje kakvo je u njemu dano, povrijeđen zakon na štetu tužiteljice. Ovo osobito iz razloga, jer sukladno odredbama Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji („Narodne novine“, broj: 108/96) i Uredbe o mjerilima za stambeno zbrinjavanje HRVI Domovinskog rata i članova obitelji poginulog, umrlog, zatočenoga ili nestaloga hrvatskog branitelja („Narodne novine“, broj: 36/97, 5/98) pravo na stambeno zbrinjavanje imaju i članovi obitelji iz smrti HRVI, dakle i njegovi roditelji, naravno ukoliko osim pretpostavke da je riječ o krugu osoba određenog odredbama tih propisa, ispunjavaju i druge zakonom propisane uvjete, iz čega suprotno zaključku tuženog tijela slijedi, da je ovdje riječ o pravu koje je prenosivo i na druge osobe. Stoga, Sud nalazi da ima razloga za nastavak tog postupka u smislu naprijed rečene zakonske odredbe, i donošenja odluke o zahtjevu, shodno važećim propisima koji reguliraju ovu upravnu stvar – citat presude.

tijelo nepravilno obustavilo postupak za kupnju stana radi ostvarivanja prava na stambeno zbrinjavanje zbog smrti podnositelja zahtjeva tijekom upravnog postupka, s obrazloženjem da pravo na stambeno zbrinjavanje imaju i članovi obitelji nakon smrti hrvatskog ratnog vojnog invalida, ukoliko ispunjavaju i druge zakonom propisane uvjete, pa je riječ o pravu koje je prenosivo i na druge osobe, te postoje razlozi za nastavak tog postupka.

U predmetima prava na isplatu mirovine, u situacijama kada je osiguranicima isplata mirovine bila obustavljena zbog ratnih okolnosti, nejavljanja o promjeni adrese ili istovremene isplate mirovine stranog tijela mirovinskog osiguranja, u sudskoj praksi Upravnog suda Republike Hrvatske u mnogim presudama, npr. Us-6712/08 od 31. ožujka 2011.³⁰ i Us-11870/06 od 23. srpnja 2009.,³¹ dosljedno je prihvaćeno pravno stajalište da nasljednik onog korisnika mirovine koji nije tijekom života podnio zahtjev za isplatu dospjelih svota mirovine, nema aktivnu legitimaciju za vođenje upravnog postupka u toj upravnoj stvari.

U presudi Us-6621/2002 od 10. veljače 2006.³² izneseno je shvaćanje da je

30 Naime, prava iz mirovinskog osiguranja neotuđiva su osobna materijalna prava, koja se ne mogu prenijeti na drugog niti se mogu naslijediti (članak 5. stavka 1. ZOMO-a). Stoga nasljednici korisnika mirovine koji nije za života podnio zahtjev za isplatu dospjelih svota mirovine nemaju aktivnu legitimaciju za vođenje upravnog postupka u toj stvari – citat presude.

31 U smislu citirane odredbe članka 5. stavka 1. Zakona o mirovinskom osiguranju, tužiteljica bi, u slučaju smrti korisnice mirovine kao njena kćerka, tj. zakonska nasljednica bila ovlaštena samo nastaviti već ranije započeti postupak, u kojem bi onda odlučivalo ima li temelja za isplatu eventualnih zaostataka mirovine. Kako majka tužiteljice za života nije osporavala navedena rješenja o priznanju prava na obiteljsku mirovinu, u konkretnom slučaju nema dospjelih neisplaćenih mirovina, a čak i u slučaju kada bi neisplaćenih mirovina i bilo, tužiteljica ne bi bila ovlaštena samostalno podnijeti navedeni zahtjev, jer se radi o osobnom pravu korisnice mirovine iz mirovinskog osiguranja – citat presude.

32 Presudom ovoga Suda, broj: Us-7586/2000, od 24. listopada 2001., uvažena je tužba tužitelja protiv rješenja HZZO-a Direkcije, od 17. srpnja 2000., kojim tužiteljima nije priznato pravo na naknadu za lijekove Gemzar i Taxol, koji su bili aplicirani pok. N. V., s obrazloženjem da se ti lijekove ne nalaze na Listi lijekova HZZO-a. Imajući na umu odredbe članka 15., 16. i 17. tada važećega Zakona o zdravstvenom osiguranju ("Narodne novine", broj 1/97, 109/97, 13/98, 88/98, 10/99, 34/99, 69/00, 59/01, 82/01 i 94/01) Sud je konstatirao da se ne može uskratiti pravo na naknadu troškova za potrebite lijekove, i to visini cijene paralelnih (zamjenskih) lijekova s Liste lijekova Zavoda. Stoga je naložio upravnom tijelu da pribavi novi nalaz svoga Liječničkoga povjerenstva koje će utvrditi koji su se od lijekova sa Liste lijekova u konkretnom slučaju mogli primijeniti umjesto Gemzar-a i Taxol-a, te na temelju ispravnih računa tužiteljima priznati pravo na naknadu u visini cijene zamjenskih lijekova. U izvršenju navedene presude Suda, tuženo je tijelo pribavilo stručno medicinsko mišljenje konzultanta doc. dr. sc. E. V. iz KB Split, koji je izložio zamjenski protokol liječenja citostaticima koji su bili na Listi lijekova HZZO-a u vrijeme liječenja i nabave (predmetnih citostatika). Navedeno stručno konzultantsko mišljenje prihvatilo je Liječničko povjerenstvo Direkcije u svome nalazu i mišljenju od 22. svibnja 2002., te je tužiteljima priznato pravo na nadoknadu troškova u visini cijene zamjenskih lijekova sukladno točki III. izreke osporenog rješenja.

Prema izloženome, Sud ocjenjuje da je tuženo tijelo donoseći osporeni akt postupilo prema odredbi članka 62. Zakona o upravnim sporovima ("Narodne novine", broj 53/91, 9/92 i

tužiteljima zakonskim nasljednicima u upravnom postupku pravilno priznato pravo na nadoknadu troškova u visini cijene zamjenskih lijekova na temelju ispravnih računa za lijekove aplicirane na sada pokojnu stranku.

U novijoj praksi ovakvo je stajalište prihvatljivo samo u situacijama kada je stranka sama podnijela takav zahtjev, dakle osiguranik je sam započeo postupak, jer su zakonski nasljednici ovlašteni samo nastaviti takav postupak, vezan uz ostvarivanje osobnog prava osiguranika u odnosu na eventualni opravdani trošak lijeka ili liječenja, koji lijek je osiguranik sam nabavio ili je sam proveo liječenje o svom trošku.

U presudi Us-3286/2005 od 3. travnja 2008.³³ zaključeno je da je tuženo tijelo pravilno obustavilo predmetni upravni postupak za nabavku ortopedskog pomagala, jer je zahtjev podnijela tužiteljeva majka, koja je tijekom upravnog postupka umrla, te se postupak ne može nastaviti, jer se radi o upravnoj stvari koja je vezana isključivo uz osobu koja je podnijela zahtjev. Radilo se o situaciji da je zaključkom drugostupanjskog tijela obustavljen postupak koji se vodio povodom žalbe stranke u upravnom postupku, nakon saznanja za činjenicu smrti.

Za naglasiti je da ni u ovom upravnom sporu nije bilo upitno postojanje procesne legitimacije zakonskih nasljednika da zatraže pred sudom ocjenu je li upravni postupak u odnosu na preminulu stranku u konkretnom slučaju zakonito obustavljen.

U novijoj presudi Us-6194/11 od 29. rujna 2011.³⁴ u uvodu obrazloženja izričito je navedeno da Sud meritorno raspravlja o upravnoj tužbi tužiteljice koja je umrla u ranije vođenom upravnom sporu i za koju je njen suprug ishodio Odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske kojom je ukinuto ranije rješenje ovoga Suda o odbacivanju tužbe pozivom na odredbu članka 146. Zakona o parničnom postupku, te ovaj Sud prihvaća procesnu legitimaciju njenog supruga kao zakonskoga nasljednika umrle tužiteljice za preuzimanje upravnog spora.

U Imovinsko-pravnom odjelu Upravnog suda Republike Hrvatske u sudskoj praksi zabilježene su dvije pravno relevantne situacije za temu ovoga rada.

U presudi Us-8347/1992 od 25. studenog 1993.³⁵ zaključeno je da ako tijekom

77/92). Slijedi da je tužiteljima priznato pravo iz obveznoga zdravstvenog osiguranja u okviru standarda koji predstavlja Lista lijekova HZZO-a sukladno članku 17. navedenoga Zakona o zdravstvenom osiguranju – citat presude.

33 Imajući u vidu sve naprijed navedeno, te činjenicu da se radi o pravu na ortopedsko pomagalo, a koje pravo je isključivo vezano uz osobu – podnositelja zahtjeva (osiguranika) i koje bi uz ispunjenje zakonskih uvjeta njemu i pripadalo, prema ocjeni ovoga Suda tuženo tijelo je pravilno obustavilo postupak u smislu naprijed citirane odredbe članka 54. Zakona o općem upravnom postupku – citat presude.

34 Ovaj Sud meritorno raspravlja o tužbi D. S. koja je umrla tijekom ranije vođenog upravnog spora, a njen suprug Đ. S. ishodio je u ustavno-sudskom postupku Odluku Ustavnog suda RH broj U-III-5569/2008 kojom je ukinuto rješenje ovoga Suda o odbacivanju njene tužbe (primjenom članka 146. stavak 1. ZPP i članka 60. ZUS-a) – citat presude.

35 Prema članku 104. stavak 1. točka 3. i stavak 4. Zakona o izgradnji objekata u provođenju nadzora građevinsko - urbanistički inspektor ima pravo i dužnost narediti da se objekt ili njegov dio poruši ako se gradi ili je izgrađen bez građevinske dozvole, a što se odgovarajuće

postupka za rušenje objekta stranka umre, nema razloga za obustavu postupka, jer obvezu, s obzirom na narav stvari, mogu izvršiti njeni pravni sljednici.

U presudi Us-3162/2005 od 14. studenog 2008.³⁶ radilo se o stanarskom pravu, koje bi moglo biti predmetom ostavine, pa sama činjenica smrti podnositelja zahtjeva tijekom postupka nije dostatna za zaključak da se postupak pokrenut u ovoj upravnoj stvari može obustaviti.

III. ZAKLJUČAK

Imajući u vidu dosadašnju praksu Upravnog suda Republike Hrvatske možemo zaključiti da je stupanjem na snagu odredbe članka 46. novog Zakona o upravnom sporu mogućnost nastavka ovakve prakse dovedena u pitanje, jer primjena navedene odredbe više ne daje zakonsku podlogu za nastavak ovakve sudske prakse, što bi upućivalo na različito postupanje ovisno o trenutku smrti stranke. Naime, postupak u vezi s neprenosivim osobnim pravima mogao bi se nastaviti ako je stranka umrla tijekom upravnog postupka, ali zakonski nasljednici ne bi imali pravo pokrenuti upravni spor. Međutim, to nas dovodi do apsurdne situacije da se zakonitost nekog upravnog rješenja ukoliko stranka umre prije pokretanja upravnog spora nikada ne bi mogla ocijeniti pred upravnim sudovima, kao što nitko ne bi bio aktivno legitimiran za podnošenje tužbe u upravnom sporu radi ocjene zakonitosti rješenja kojim se obustavlja upravni postupak zbog smrti stranke.

Prema mišljenju autorice, time se smanjuje pravna zaštita stranaka, jer se odstupa od dosada usvojenog pravnog standarda, na način da se sada traži identična primjena procesnih pravila iz građanskog prava na postupak koji nije identičan

primjenjuje i na građenje odnosno postavljanje objekata iz članka 27. tog Zakona. Prvostupanjska inspeksijska mjera izrečena je sukladno navedenom propisu. Tužiteljica je kao supruga i nasljednica sada pokojnog investitora iznijela u žalbi da je on umro smatrajući da treba obustaviti postupak, za što prema mišljenju Suda u postupku odlučivanja o žalbi nije bilo uvjeta, jer obvezu iz prvostupanjskog rješenja, s obzirom na narav predmetne stvari mogu izvršiti i nasljednici – citat presude.

- 36 Ovo osobito iz razloga jer odluka kojom se priznaje stanarsko pravo prema odredbama Zakona o stambenim odnosima ima deklaratoran značaj s obzirom na to da se priznaje pravo koje se steče na osnovi samog zakona kad se za to ispune zakonom propisane pretpostavke, odnosno u konkretnom slučaju da je B. Č. bio član porodičnog domaćinstva u vrijeme smrti svog brata kao ranijeg stanara. Naime, takvom odlukom samo se utvrđuje, deklarira postojanje stanarskog prava, a ne konstituira novo ili drugačije pravo. Na taj se način zapravo štiti već nastalo pravo čime se postiže pravna sigurnost stanara, pa se odlukom upravnog tijela ne smije promijeniti nastalo stanje, odnosno stanarsko pravo ili postoji ili ne postoji – citat presude.

To tim više jer se radi o pravu koje bi u konkretnom slučaju moglo biti predmetom ostavine, odnosno to pravo bi moglo ući u ostavinsku masu iza umrlog B. Č., a tužitelji su njegovi nasljednici prvog nasljednog reda zbog čega uz uvažavanje činjenice da tužitelji ovdje traže nastavak postupka pokrenutog po zahtjevu njihovog oca, Sud nalazi da ima razloga za nastavak postupka u smislu naprijed rečene zakonske odredbe i donošenja odluke o zahtjevu shodno važećim propisima koji reguliraju ovu upravnu stvar – citat presude.

građanskoj parnici. Svako razdvajanje upravnog postupka i upravnog spora, u kojima kroz institut žalbe i tužbe građani moraju moći zaštititi svoja prava i pravne interese, umjetno i nelogično narušava njihovu cjelovitost.

U vezi s opravdanim prigovorom pravne struke da se pravo ne može priznati umrloj osobi, kroz raspravu na sjednici Mirovinsko-invalidsko-zdravstvenog odjela Upravnog suda Republike Hrvatske u ožujku 2011. godine, kao pravna mogućnost izlaska iz ovakve situacije iskristaliziralo se stajalište o mogućnosti donošenja deklaratornih rješenja, kojima za razliku od dosadašnjeg postupanja, upravna tijela ne bi priznavala pravo mrtvim osobama, već samo utvrđivala da je tim osobama sukladno zakonu pripadalo pravo od određenog datuma do dana smrti.

Naime, samo podnošenje zahtjeva kako je to u nekoliko presuda u predmetu izdavanja lokacijske dozvole zaključio i Vrhovni sud Republike Hrvatske³⁷ ne znači da se radi o stečenom pravu na donošenje određene odluke. Tako se u presudi Uzz 3/11 od 1. lipnja 2011. izričito navodi da samim podnošenjem zahtjeva za izdavanje lokacijske dozvole, stranke nisu stekle pravo, niti je nastala obveza upravnog tijela za izdavanje lokacijske dozvole, s obrazloženjem da se ne radi o stečenom pravu koje se ne bi moglo dovoditi u pitanje novim podzakonskim propisom, niti obveznom odnosu kod kojeg se prava i obveze stranaka prosuđuju prema materijalnim propisima koji su bili u primjeni u vrijeme nastanka takvog odnosa. Nasuprot tome, nastup osiguranog slučaja prema Zakonu o mirovinskom osiguranju i Zakonu o zdravstvenom osiguranju ima karakter obveznopravnog odnosa, jer su dužne činidbe propisane i na strani osiguranika i na strani osiguravatelja. Ukoliko stranka u vrijeme podnošenja nekog zahtjeva ne ispunjava uvjete propisane zakonom neće joj biti priznato pravo bez obzira na činjenicu podnošenja zahtjeva. Ali, ukoliko ispunjava uvjete za priznanje nekog prava, u mnogim specijalnim materijalnim zakonima iz širokog područja uprave, propisano je da se pravo priznaje od prvog sljedećeg mjeseca od podnošenja zahtjeva ili od nastupa nekog osiguranog slučaja, bez obzira na činjenicu hoće li javnopravnom tijelu trebati dva mjeseca da u prvostupanjskom ili žalbenom postupku donese rješenje, kako je to predviđeno Zakonom o općem upravnom postupku ili dulje.

Takve situacije spadale bi pod pravnu kvalifikaciju legitimnih očekivanja, jer se radi o izvjesnom ostvarivanju prava zajamčenih materijalnim zakonom, i to nakon dokazivanja postojanja određenih činjeničnih i pravnih pretpostavki. Na ostvarenje tih prava činjenica smrti stranke tijekom prvostupanjskog ili žalbenog postupka ne bi smjela imati nikakav utjecaj, pa onda ni činjenica smrti stranke tijekom trajanja upravnog spora. Sukladno takvom utvrđenju, zakonski nasljednici dobili bi deklaratorno rješenje o priznatom pravu, temeljem kojeg bi mogli dokazivati da se radi o dospjelom potraživanju koje bi se onda moglo nasljeđivati sukladno posebnom materijalnom zakonu (npr. Zakon o mirovinskom osiguranju, Zakon o zdravstvenom osiguranju, Zakon o socijalnoj skrbi i Zakon o pravima hrvatskih branitelja i članova njihovih obitelji...) ili općim pravilima o nasljeđivanju.

³⁷ Presude Vrhovnog suda RH Uzz 37/09 od 4. svibnja 2011., Uzz 5/10 od 26. svibnja 2011. i Uzz 3/11 od 1. lipnja 2011.

Primjerenije prirodi upravnog postupka i upravnog spora bila bi odgovarajuća primjena ne samo odredbe članka 215.b Zakona o parničnom postupku o obustavi postupka zbog smrti stranke kada se radi o neprijelaznim pravima, već i odredbe članka 212. o prekidu postupka zbog smrti stranke i odredbe članka 215. navedenog zakona³⁸ o mogućem nastavku postupka, kakvu imamo do 1. siječnja 2012. godine, tj. do stupanja na snagu novog Zakona o upravnim sporovima. Ona bi upravnim sudovima omogućavala izbor u primjeni ove dvije pravne norme, budući da se nije radilo o dosljednoj, već odgovarajućoj primjeni Zakona o parničnom postupku.

Još primjerenije rješenje bila bi izmjena odredbe članka 46. novog Zakona o upravnim sporovima, na način da ne bude kopija odredbe članka 215. b. Zakona o parničnom postupku, već kopija odredbe članka 54. ranijeg Zakona o općem upravnom postupku, tj. odredbe članka 39. važećeg Zakona o općem upravnom postupku, tako da bi mogućnost obustave upravnog spora ovisila o prirodi stvari, koje pravilo za sada vrijedi u upravnom postupku.

Zakonodavcu preostaje i treća mogućnost da izmijeni odredbu članka 39. Zakona o općem upravnom postupku tako da je uskladi sa sadržajem odredbe 46. Zakona o upravnim sporovima na način da i za upravna tijela postoji obveza obustave upravnog postupka u slučaju smrti stranke, uvijek kada se radi o neprijelaznim, tj. strogo osobnim pravima, bez obzira na pravni interes nasljednika u vidu ostvarivanja nekog zavisnog prava, npr. obiteljske mirovine ili nekog izglednog imovinskog potraživanja. To za stranke svakako ne bilo najpravednije rješenje i dovelo bi do nejednakosti u postupanju prema strankama, jer bi ostvarivanje zakonski zajamčenih prava koja predstavljaju obvezu države ovisilo o duljini trajanja upravnog postupka i kasnije eventualnog upravnog spora.

38 Odredbom članka 212. stavka 1. Zakona o parničnom postupku propisano je da se postupak prekida kad stranka umre. Odredbom članka 215. stavka 1. navedenoga Zakona propisano je da će se postupak koji je prekinut iz razloga navedenih u članku 212. toč. 1. do 5. ovoga Zakona nastaviti kada nasljednik ili staratelj ostavštine, novi zakonski zastupnik, stečajni upravitelj ili pravni sljednici pravne osobe preuzmu postupak ili kada ih sud na prijedlog protivne strane ili po službenoj dužnosti pozove da to učine.

Summary

PROPERTY CLAIM AS A GROUND FOR MOTION TO REVIVE AN ACTION THAT WAS PENDING WITHIN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND ADMINISTRATIVE DISPUTE DUE TO THE DEATH OF THE PARTY

The author in the article indicates special issues that emerge within the administrative procedure and administrative dispute due to revival of an action that was pending when a party died. The author compares rules of the administrative procedure and administrative dispute to procedural rules which should be applied in case of identical procedural situation by regular courts. She presents an overview of current court practice of the Administrative Court of the Republic of Croatia on procedural situation in question. After in depth analysis, the author expresses her doubts about appropriateness and purposeness of application of the Article 46 of the new Administrative Dispute Act with respect to administrative procedure and administrative dispute integrity.

Key words: death of a party, revival of a procedure, property claim.

Zusammenfassung

VERMÖGENSFORDERUNG ALS GRUND FÜR FORTSETZUNG DES VERWALTUNGSVERFAHRENS UND DER VERWALTUNGSSTREITIGKEIT NACH TOD DER PARTEI

Mit dieser Arbeit wollte man auf Besonderheiten des Verwaltungsverfahrens und der Verwaltungsstreitigkeit in Verbindung mit Möglichkeiten der Verfahrensfortsetzung nach Tod der Partei bezüglich der für die gleiche Prozesssituation vor ordentlichen Gerichten festgelegten Prozessregeln hinweisen, sowie die bisherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes der Republik Kroatien bezüglich dieser Prozesssituation darstellen und Zweifel an Angemessenheit und Zweckmäßigkeit der Anwendung von Bestimmung des Artikels 46 des neuen Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten im Sinne von Vollständigkeit des Verwaltungsverfahrens und der Verwaltungsstreitigkeit darlegen.

Schlüsselwörter: Tod der Partei, Verfahrensfortsetzung, Vermögensforderung.

Riassunto

LA PRETESA ECONOMICA QUALE RAGIONE PER LA PROSECUZIONE DEL PROCEDIMENTO E DEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO DOPO LA MORTE DELLA PARTE

Con il presente lavoro si sono volute illustrare le peculiarità del procedimento e del contenzioso amministrativo circa la possibilità di proseguire nel procedimento dopo la morte della parte rispetto alle regole processuali che governano nella medesima circostanza i procedimenti dinnanzi alle corti ordinarie. S'è, altresì, voluta porre in evidenza la giurisprudenza della Corte amministrativa della Repubblica di Croazia che si riferisce a detta situazione, come pure manifestare perplessità circa l'opportunità e le finalità dell'applicazione dell'art. 46 della nuova legge sui procedimenti amministrativi nel senso della totalità del procedimento amministrativo e del contenzioso amministrativo.

***Parole chiave:** morte della parte, prosecuzione del procedimento, pretesa economica.*